1 VERITAS facilius invenitur studio scripturæ quam disputatione verbali, quæ vix potest absques tumultu procedere, dixeron Lucas de Penna in *leg. vnica Cod. de professor. lib.* 12. y Ludovicus Gomez, *in procemio Reg. Chancill. quæst.* 1. y con mucha razon, à vista, de que lo escrito revela, y aclara de la ley la mas perfecta verdad, que asi lo notò el Emperador in *leg. vnica Cod. de fideicom.* ibi: *Per ampliores homines sui juris perfectissima veritas revelatur*, y San Agustin, *quæst. de Trinit. cap.* 3. *vtile est, plures libros à pluribus diversi stili, etiam de isdem quæstionibus fieri, vt ad plurimos res ipsa perveniat, ad alios quidem sic: ad alios autem sic*: y Cessar Emperador, in *leg. hac consultissima Cod. qui testament. facere possunt: tot oculis expectata, tot insinuata sensibus, tot insuper intuto locata manibus.* Alentando à Don Diego de Velasco para escrivir este papel, la noticia cierta q̃ le assiste de aver escrito en derecho sus Hermanos, para mas fomentar la llamada demanda de nulidad que le han puesto de la agregacion de las heredades de Fuertes, y el Palmar, que à el Mayorazgo, que fundò Doña Vrsula Ramon de Salazar su Abuela, hizo el Beneficiado Don Diego de Velasco su tio; y si para venir en conocimiento de las questiones de derecho, es precisso assentar el hecho del pleyto, quia jus ex facto oritur, *leg. explagijs §. inclivo ff. ad leg. Aquil.* sea su puntual narracion; aunque no breve, por lo dilatado de el hecho la siguiente.

2 Por Escriptura publica, su fecha de 15. de Noviembre de el año de 1674. y en virtud de facultad Real, Doña Vrsula Ramon de Salazar, Viuda del Capitan Don Diego de Velasco, y Mendieta, fundò vn Mayorazgo, adjudicando para èl diferentes bienes, y llamò por primero sucessor, à Don Miguel de Uelasco, y Mendieta, su hijo mayor, padre del dicho Don Diego de Velasco, y Mendieta, que litiga, y por su muerte, à sus Hijos, y Decendientes, prefiriendo el mayor à el menor, y à falta de ellos, hizo otros llamamientos, que muerta la Fundadora, en Autos judiciales, se le mandò dàr, y diò la

A posses-

possession, y amparo de los bienes de este Mayorazgo à el dicho D. Miguel de Velasco, y Mendieta, padre del Don Diego, que litiga, como à hijo mayor, y primero llamado.

3. En 23. de Diziembre del año de 1681. el Beneficiado Don Diego de Velasco, y Mendieta, diò su poder para testar à el dicho Don Miguel de Velasco, y Mendieta, su hermano, ordenandole el que en virtud de dicho poder pudiesse hazer todas las declaraciones, que conviniessen, segun se lo tenia comunicado, nombrandole por su Albazea, y à sus hijos por sus vnicos, y vniversales herederos en el remaniente de sus bienes, y en la forma, y segun se contenia, y declaraba en vna memoria, que se hallaria entre sus papeles, firmada de su nombre, cuyo poder para testar, que firmò, lo otorgò ante Toribio Fernandez de Cosgaya, Escrivano publico de esta Ciudad, siendo testigos instrumentales Don Luis de Quevedo, Pedro Prieto, y Juan Marques de Sepulbeda, estos dos vltimos Escrivanos de Sevilla.

4. A continuacion de este poder para testar, y en el mismo acto, y sin intervalo de tiempo, por vno otro si, dixo, y declarò dicho Beneficiado: *Que Don Miguel su hermano, y hijos, avian de subceder en sus bienes por via de Vinculo, y Mayorazgo: agregandose todo lo que montase, à el Vinculo, y Mayorazgo, que fundò la dicha Doña Vrsula Ramon de Salazar, su madre, de que era posseedor el dicho Don Miguel su hermano, para que anduviesse debaxo de sus llamamientos, y clausulas, y subcediessen en ellos todos los llamados à el Mayorazgo en la misma forma, y como en dicho Mayorazgo se expressa, porque de esta forma, lo dexaba dispuesto, y ordenado en la dicha memoria arriba citada, para que ella, y esta clausula se entendiesse ser vna misma disposicion, y que para los empleos para fincas que se huviessen de agregar à el Vinculo le daba poder con general Administracion.* Y por no poder firmar este otro si, y su vltima disposicion, por aversele agravado la enfermedad, à su ruego, y por el susodicho firmò en el registro vno de los testigos instrumentales, que lo fue Don Luis de Quevedo, y tambien firmaron los demàs testigos del poder este otro si, como tales testigos, y lo mismo hizo Toribio Fernandez de Cosgaya, Escrivano publico de esta Ciudad, por ante quien se puso el referido otro si.

5. En

5. En virtud de este poder para testar, el dicho Don Miguel de Velasco, y Mendieta, otorgò por su Hermano el testamento en 22. de Junio del año de 1682. y declarò en este testamento, averle communicado su Hermano, ser lo principal de su Hazienda, la Heredad de Fuertes, à el sitio de los Bugedillos, termino de Alcalà de Guadayra, con otras tierras, y Olivares, que à dicha Heredad avia agregado, y que avia dexado dispuesto, se agregasse esta Heredad con otros bienes à el Vinculo, y Mayorazgo fundado por la dicha Doña Vrsula Ramon de Salazar, y que tambien le avia communicado, el que si quedassen mas bienes, se fabricasse otro Molino de Azeyte con otro Almazen, mediante los muchos Olivares, que tenia esta Heredad de Fuertes.

6. Tambien por otra clausula de dicho testamento, dixo le avia communicado su hermano, que la otra Heredad, termino de dicha Villa à el pago del Romeral, que llaman la del Palmar, se vendiesse, y que su procedido fuesse para la fabrica del Molino, y Almazen, que se avia de hazer en la otra de Fuertes para la agregacion à dicho Mayorazgo, y que solo el dicho Don Miguel la pudiesse vender, y que otra persona alguna no lo pudiesse hazer, *y què quedasse agregada à dicho Vinculo, y Mayorazgo, en casso de morir el dicho Don Miguel, sin averla vendido*, y en virtud de dicho poder, y de lo que le communicò su Hermano, instituyò por su heredero, à el Mayorazgo de la dicha Doña Vrsula Ramon de Salazar, de que era posseedor, y à los sucessores à èl, agregando, como agregò los bienes de la Herencia, à dicho Mayorazgo, para que entonces estuviessen vnidos, y subcediessen sus posseedores, sin que se pudiessen vender, ni enagenar, y con las mismas clausulas, Vinculos, y condiciones, contenidas en la fundacion de dicho Mayorazgo.

7. Declarò assimismo en este testamento, que aunque la forma de sucession en estos bienes, avia dicho Don Diego su hermano, que constaba de vna memoria, que se hallaria entre sus papeles, y que despues por el otro si del poder para testar, tambien avia declarado, que lo que contenia la memoria, era la institucion de herencia, con la agregacion à el Mayorazgo, y que dicha memoria, è institucion se entendiesse,

ser

ser vna misma cosa; el dicho Don Miguel de Velasco, Albazea, y Comissario, en conformidad del referido otro si, y de la vltima voluntad de su Hermano, y de lo que le tenia communicado, haze en este testamento la referida institucion, y agregacion à el Mayorazgo; y dize, y declara, que aun que èl y el Escrivano publico, por ante quien se otorgò este testamento, buscaron dicha memoria entre los papeles que dexò dicho Don Diego no pareciò, y assi lo testifica dicho Escrivano publico à continuacion de este testamento, que Don Miguel como apoderado, y fidei comissario de su Hermano, otorgò.

8. Muerto el Beneficiado Don Diego de Velasco, y, Mendieta, debaxo de esta disposicion, Don Miguel de Velasco, su Hermano hizo inventario de sus bienes, y entre ellos, puso en èl, por del dicho Don Diego las referidas dos Heredades, y en la relacion jurada, que como tal Albazea, formò de los bienes de la disposicion, diò por agregadas, à el Mayorazgo dichas dos Heredades de Fuertes, y el Palmar, y se huvieron por agregadas, y cumplida la disposicion de dicho Don Diego, por Auto del Theniente de 21. de Março del año passado de 1685. en que tambien se mandò, que el dicho Don Miguel, como tal Albazea otorgasse Escriptura publica de adjudicacion de dichas dos Heredades à el Mayorazgo, que assi consta todo de el Inventario, y autos del cumplimiento de el testamento de dicho Beneficiado Don Diego Velasco, que exhibiò Don Diego de Uelasco, y Mendieta, actual posseedor del Mayorazgo que litiga.

9, Muerto el dicho Don Miguel de Velasco, y Mendieta, posseedor del dicho Mayorazgo en 7 de Noviembre del año de 1713. pareciò ante el Theniente Primero, de esta Ciudad Don Diego de Uelasco, Mendieta, Cavallero de Cabrera, y por peticion que diò en 29. de Febrero de 1714. presentando clausula de el poder para testar, que en 8. de Junio de 1704. le avia otorgado dicho Don Miguel, su padre, en que le instituye, como à los demàs sus hijos, por sus herederos, y tambien presentando vna memoria de los bienes, de que se componia el Mayorazgo de Doña Vrsula Ramon de Salazar,

Salazar, su Abuela, y de los agregados à èl por el Beneficiado Don Diego de Velasco su tio, como fueron las referidas dos Heredades, dixo, ser hijo mayor, del dicho Don Miguel, que por su muerte, se le avia transferido la possession civil, y natural de los bienes de dicho Mayorazgo, y à èl agregados, por ministerio de la ley Real, y que respecto, que vnos, y otros, tales los avia posseido, y desfrutado su Padre, hasta el dia de su muerte, concluyò, pidiendo, se huviessen por presentados dichos instrumẽtos, y se le mandasse recebir informaciõ, que incontinenti ofrecia, de la certeza de lo contenido en dicho su pedimento, y quedada en la parte, que bastasse, le mandasse dar, y diesse la possession actual, y Real de los bienes de dicho Mayorazgo, y de los à èl agregados.

10. Mandose dar la informacion, que con efecto se hizo de 3. testigos, que depusieron de conocimiento, y cierta ciencia de todo lo referido, y en su vista por Auto de 22. de Febrero de dicho año de 714. se le mandò dàr la possession actual, y Real de los bienes de dicho Mayorazgo, y de los à èl agregados por dicho Beneficiado Don Diego de Velasco, y Mendieta, como à Hijo mayor de dicho Don Miguel vltimo posseedor, sin perjuycio de tercero, que mejor derecho tuviesse, y con Audiencia.

11. Tomada la possession, pidiò el amparo, y por vn otro si de la peticion que diò sobre ello en 14. de Março de 714. dixo que entre los papeles, que avian quedado por muerte de dicho Don Miguel de Velasco, su padre, estaban la fundacion de dicho Mayorazgo, y su agregacion, y que sus hermanos avian echado vn candado, y para que se le entregassen dichos papeles, concluyò pidiendo el que el Theniente passasse por su persona à las casas mortuorias, y mandasse se entregasse la llave, y que no haziendolo, se quitassen los candados, y reconociessen dichos papeles, y se le entregassen los de la fundacion, y agregacion.

12. Mandose dàr el amparo, y que se le notificasse à los hermanos de dicho Don Diego se pusiessen de acuerdo con el susodicho, y le entregassen la fundacion de dicho Mayorazgo, y los instrumentos tocantes à la agregacion.

13. En este estado se diò peticion en 22. de Março del

del año de 714. por los demàs hijos, y herederos en bienes libres del dicho Don Miguel de Velaſco, contradiziendo el amparo que Don Diego Velaſco tenia pedido, y juntamente por dichos herederos, ſe pidiò, ſe declaraſſen por libres de la Vinculacion, las referidas dos Heredades de campo, Fuertes, y el Palmar, termino de la Villa de Alcalà de Guadayra, de que aviendoſe dado traslado à dicho Don Diego; con la proteſta de que no fueſſe viſto contextar tal demanda, ni reſponder à ella, ſi ſolo para mas fomento de el amparo, que tenia pedido, y no mas, pidiò ſe le amparaſſe en la poſſeſsion que tenia tomada de los bienes del Mayorazgo, y de las referidas Heredades de campo à èl agregadas, por dezir que aviendoſele transferido la poſſeſsion, civil, y natural de dichos bienes, por miniſterio de la ley por muerte de Don Miguel ſu Padre, y aviendoſele dado la actual, y Real, ſe le debia amparar en ella, y mas quando dichas Heredades agregadas, como de Mayorazgo, las avia poſſeìdo Don Miguel de Velaſco ſu Padre, y conſtaba por la informacion que avia dado, y que ſiendo eſte juyzio poſſeſſorio, breve, y ſumario, y que primero, y ante todas coſas, ſin extrepito, ni figura de juyzio, ſe le debia dàr la poſſeſsion actual, y Real, de dichos bienes, aunque eſtuvieſſen en poder de tercero, no tenia lugar la llamada demanda ordinaria.

14. Alegò tambien, para mas fomento del amparo que pedia, y ſin que fueſſe viſto con textar la demanda, que ſe ponia por los Herederos, de que las dos Haziendas de Campo, que dezian los Herederos, no pudieron Vincularſe, por que dicho Beneficiado Don Diego de Velaſco, y Mendieta, inſtituyò por ſus Herederos à el dicho Don Miguel ſu hermano, y juntamente à ſus hijos, y que el modo de heredar, avia de ſer, ſegun la memoria que dixo dexar firmada de ſu mano, que no preſentandoſe eſta, no avia Vinculacion, ſe ſatisfizo, que dicha memoria, no avia parecido por diligencias, que para ello avia hecho el dicho Don Miguel, ademàs de que no avia falta, por que el teſtador declarò, que lo contenido en ella, era que los bienes de la herencia ſe agregaſſen à el Mayorazgo, y que eſta diſpoſicion, y la memoria fueſſe, y ſe entendieſſe vna miſma coſa.

15 Ale-

15. Alegaron tambien los demàs Hijos, y Herederos, de que la Hazienda del Palmar, no fue de Don Diego Uelaſco, y Mendieta, porq̃ antes que murieſſe la comprò, y poſſeyò Don Miguel ſu hermano, à que ſe ſatisfizo, que dicha Hazienda la comprò dicho Beneficiado en concurſo de Acreedores, y mas ſe juſtificaba, con que por ſu muerte, como bienes ſuyos, la inventario Don Miguel ſu Hermano, y en fuerça de lo diſpueſto por dicho Beneficiado, la adjudicò à el Mayorazgo en las quentas de Albazeaſgo que diò, que ſe huvo por agregada, y por cumplida la diſpoſicion del dicho Don Diego, y que como tal agregada à el Mayorazgo, la poſſeyò el dicho Don Miguel, como lo depuſieron los teſtigos de la informacion que diò Don Diego de Velaſco, y Mendieta, para tomar la poſſeſsion de los bienes del Mayorazgo, y à èl agregados por muerte del dicho Don Miguel ſu Padre.

16 Alegaron tambien, de que en el poder para teſtar, que à eſta parte ſu hijo, otorgò dicho Don Miguel de Velaſco declarò, que la Hazienda de Fuertes, era Vinculada por la agregacion, que hizo à el Vinculo, ſin hazer mencion de que la del Palmar lo fueſſe; à que ſe ſatisfizo, que la expreſsion de vna coſa, no es excluſiva de otra, y mas quando, de que fueſſe tambien Vinculada la hazienda del Palmar, con ſtaba de el poder para teſtar de dicho Beneficiado Don Diego Velaſco, y teſtamento que en virtud hizo Don Miguel ſu Hermano, y adjudicacion de ambas Heredades à el Mayorazgo.

17. Aviendo ſalido à eſtos Autos en eſte eſtado, Thomàs de Andrade, defenſor de auſentes, y difuntos, por Don Miguel de Velaſco, y Mendieta, auſente en Indias, otro de los hijos, y herederos, en bienes libres del dicho Don Miguel coadjubando el derecho de ſus hermanos, y preſentò diferentes papeles ſimples que ſon los ſiguientes.

18. Vno de ellos, ſin firma, ni fecha, que ſe reduce, à dezirſe en èl, deber Don Miguel de Velaſco en 23. de Septiembre de 1670. 29U923. reales plata, en oro, y por ellos 3U740. peſos que en dicho dia, ſe dize en eſte papel aver librado (ſin dezirſe quien) à favor de Juan Feliz de Arriola, ſobre Don Joſeph de Morales, y compañia, para pagar con ellos la Hazienda del Palmar, que dize la partida: *ſe rematò en*

C

mi,

mi, en 72ɥ. reales vellon, que à 19. reales el peſo, montan los 3470. peſos, y que eſta cantidad ſe depoſitò en virtud de Auto de la Real Audiencia, paraque de alli lo ſacaſſen los Acreedores de D Bartholomè Torres Paez, que mejor derecho tuvieſſen; y proſigue, poniendo otras diferentes partidas del coſto de el remate, poſſeſsion, y amparo de dicha Heredad, y por el gaſto de la vendimia de dicho año de 1670. 441. reales vellon.

19. Certificacion dada por Don Joſeph Laſſo de Eſtrada, Contador de la quiebra de la Caxa de Don Gabriel de Morales, de que dicho Beneficiado Don Diego Gomez de Velaſco, librò en 3. de Diziembre de 670. 29ɥ923. reales plata en doblones, à favor de Juan Feliz de Arriola, ſobre el caudal, que en dicha Caxa tenia, y que ſe pagaron en 20. del miſmo mes.

20. Otro papel ſimple, que eſtà à el fol. 73. de los Autos, en que dize, debe Don Miguel por Eſcriptura en favor de Don Pedro de Arvide 1ɥ5. peſos por la Hazienda del Palmar 3932. y 7. reales por ſu boda, y demàs gaſtos 7ɥ5. y 4. reales, y en el ha de aver ſe pone en diferentes partidas la miſma cantidad, ſin que eſte papel ſimple eſtè firmado, ni con fecha.

21 A el fol. 74. eſtà otra memoria ſimple que empieza, debe por la ſumma de la plana de en frente 18ɥ999. reales, y proſigue diziendo, pagò, y librò diferentes porciones à diſtintos ſujetos, que todas las partidas, parece ſuman 56ɥ44. reales.

22. A el fol. 75. buelta, otra memoria ſimple que empieza, debe Miguel Gomez de Velaſco, por gaſtos hechos en ſu boda diferentes cantidades, que expecifica; y parece montan 18ɥ999. reales.

23. Certificacion dada por Don Juan Franciſco Ibarburu, de los libros, y papeles de la Caxa y compañia de Don Pedro Galdona, preſentada à el fol. 77. en que parece que por el libro mayor del año de 670. firmò quenta Don Diego Gomez de Velaſco, y la acabò en el año 78. en que parece entrò en la Caxa diferentes porciones de dinero de el ſuſodicho, y aver ſalido de ſu quenta, libra à diferentes perſonas 27ɥ912. reales plata, ſin que entre las perſonas expreſ-

ſadas,

ſadas; ſe haga mencion del dicho Don Miguel de Velaſco, ni de la referida Heredad del Palmar.

24. Preſentaronſe aſsimiſmo 5. recibos, dados por los Arrendadores de el Diezmo de el vino, y vba, de la Collacion de San Miguel à favor del dicho Don Miguel de el Diezmo de vino, y vba de la Hazienda del Palmar, deſde los años de 73. haſta el de 79. y juntamente diferentes fees del Cura de dicha Parroquia, de que en los referidos años, ſe baptizaron en ella algunos Hijos del dicho Don Miguel de Velaſco, à fin de que por entonces era Parroquiano, en dicha Igleſia de San Miguel, arguyendo de aqui, que à no ſer ſuya la Heredad de el Palmar, no huviera pagado el Diezmo à el Arrendador de dicha Collacion.

25. Al fol. 85. preſentò otro recibo, dado en 24. de Diziembre del año de 1680. por el Arrendador del Diezmo de la Collacion de San Pedro, en que dixo recebia 66. reales vellon de Don Diego de Velaſco, y Mendieta, que le pagaba Don Miguel ſu Hermano, por la mediania del Diezmo del vino de dicha Collacion; y contra eſte recibo ſe ha dicho por eſta parte, que à no ſer la Heredad del Palmar de dicho Don Diego; era demàs huvieſſe hecho eſte deſembolſo, aunque ſe diga lo hizo por Don Miguel ſu Hermano, no obſtante que ſe preſentò certificacion del Cura de dicha Parroquial de San Pedro de averſe empadronado en ella por el año de 81. Don Miguel de Velaſco, y Mendieta, y certificacion del Contador repartidor de los Diezmos de eſta Ciudad de como los Arrendadores, q̃ dieron dichas cartas de pago, lo fueron de los Diezmos en dichos años, y certificacion del Cura de la Parroquial de San Andrès de averſe empadronado en dicha Collacion Don Diego de Velaſco, y Mendieta, deſde el año de 1674. haſta el de 1681.

26. Con eſtos papeles alegò, que aunque huvieſſe comprado la Heredad del Palmar Don Diego, deſembolſò ſu precio Don Miguel ſu Hermano, y ſe lo cargò en ſu quenta, como parecia de dichos papeles, y que ſe exforçaba eſto con aver pagado el Diezmo à el Arrendador de ſu Collacion.

27 Aunque à eſto ſe ha reſpondido por eſta parte, ha

ſido

ſido proteſtando hazerlo (como deſpues lo à hecho en la demanda ordinaria de propriedad,) y ſolo ha inſiſtido, que eſto no era para el juyzio ſummariſsimo de poſſeſsió de los bienes de Mayorazgo, y los à èl agregados, de que ſe trataba, y le baſtaba el que como Vinculados los huvieſſe poſſeìdo Don Miguel ſu Padre, haſta el dia de ſu muerte, y que como tales tenia tomada la poſſeſsion de ellos, y ſe le debia dàr el amparo.

28. Viſtos los Autos por el Theniente, por el que proveyò en 5. de Septiembre del año de 1714. mandò, que ſin embargo de la contradicion hecha por los Hermanos de Don Diego de Velaſco Mendieta, y Cavallero, como Hijos, y Herederos de Don Miguel ſu Padre, ſe llevaſſe à debida execucion el Auto de 14. de Março, y que en ſu conſeqnencia, ſe le amparaſſe, y defendieſſe al dicho Don Diego en la poſſeſsion, que ſe le diò, y tomò de los bienes de dicho Mayorazgo, y de los à èl agregados, por el Beneficiado Don Diego de Velaſco, y Mendieta, y que para ello ſe dieſſen los deſpachos neceſſarios, reſervando ſu derecho à ſalvo à la parte de dichos Herederos, para que ſobre ſus pretenſiones, que han deducido, pidan, y ſigan ſu juſticia, quando, y como vieren que les convenga.

29. De eſte Auto apelaron los demàs Herederos, para ante V. S. y aviendo expreſſado agravios, y pedido prueba, y contradichoſe eſta por Don Diego, por dezir miraba eſta à vn juyzio ordinario, y que no la debia aver en eſte poſſeſſorio ſummariſsimo, y mas quando no ſe ſufria ſobre pretender las otras partes poſſeſsion del Mayorazgo, ſino nulidad de la agregacion, è inſiſtiendo en lo principal del Auto del Theniente, y pidiendo ſu revocacion; viſtos los Autos por V. S. por el qual fue ſervido de proveer en 26. de Octubre de 714. ſin embargo de la prueba pedida, confirmò el del Theniente, con que la reſerva que en èl hizo à las otras partes, fueſſe para que en el juyzio poſſeſſorio plenario, ò en el de la propriedad, vſaſen de ſu derecho, como les convinieſſe, y que eſtos Autos ſe debolvieſſen al Theniente, que con efecto debueltos, ſe le diò à Don Diego el amparo en la poſſeſsion que de dichos bienes tenia tomada.

30. Pu-

30. Pusieron demanda en la propriedad, las otras partes, en 14. de Diziembre del año de 1714. titulandose Herederos, no solo de Don Miguel de Uelasco su Padre, sino tambien del Beneficiado Don Diego de Velasco, y Mendieta, su Tio, y en ella concluyeron; pidiendo se declarassen por libres las dos Heredades de Fuertes, y el Palmar, por dezir tocarles, y pertenecerles, como Herederos de los dichos Beneficiado Don Diego de Velasco, su tio, y de Don Miguel Gomez de Velasco, su padre; y que se declarasse por nula la institucion, que el dicho Don Miguel hizo, como comissario de Don Diego su Hermano.

31. Fundan esta demanda, en que la Heredad que llaman de Fuertes, no estaba Vinculada, y se debia considerar libre, porque en el poder para testar, que otorgò dicho Beneficiado Don Diego, avia instituìdo, por sus vnicos, y vniversales Herederos, à Don Miguel de Velasco su Hermano, juntamente con los susodichos hijos del dicho Don Miguel, sin expression alguna de Vinculo, no obstante que en el testamento, que en virtud de dicho poder para testar hizo, y otorgò Don Miguel de Velasco, declarasse, por Heredero à el Mayorazgo que fundò Doña Vrsula Ramon de Salazar.

32. Contestò esta demanda Don Diego de Velasco Mendieta, Cavallero de Cabrera, y pidiendo ser absuelto de ella, y que se declarasse por subsistente la agregacion; respondiò à los fundamentos de la llamada demanda, y à este primero de ella, dixo, que toda la vez que en el poder para testar el mismo Beneficiado Don Diego de Velasco, otorgante instituyesse, como instituyò por Heredero à el Mayorazgo, y à èl con los mismos Vinculos, y condiciones, agregasse el remaniente de sus bienes, y que esto mismo executò Don Miguel de Uelasco, su hermano en el testamento, que en virtud de dicho poder otorgò, no podia dudarse de esta institucion, y agregacion, que de esta Heredad de Fuertes, se hizo à el dicho Mayorazgo.

33. Fundòse tambien la demanda, en que el dexar por heredero à el Vinculo, y Mayorazgo en el poder para testar dicho Beneficiado Don Diego, fue despues de otorgado el poder, con dia mes, y año.

34. Satisfacesse tambien por esta parte, con que la vltima disposicion, y voluntad del testador se debe en todo observar, y cumplir, no oponiendose esta, como no se opuso à la ley, y siendo lo vltimo del poder para testar, y por vn otro si dèl, que firmaron los mismos testigos instrumentales, y vno de ellos, por el testador, y tambien el mismo Escrivano, instituyò à el Mayorazgo por Heredero, es visto, que como vltima disposicion, y que debaxo de ella muriò, se debia cumplir, y que sino firmò el referido otro si, fue por la gravedad de su enfermedad, como asi lo testificaba el mismo Escrivano publico, y aun por esto avia vno de los testigos, firmado por el Testador.

35. Fundaron tambien la demanda en dezir de que en dicho poder para testar, se remitia dicho Beneficiado Don Diego de Velasco à vna memoria firmada de su mano, que dixo dexaba entre sus papeles, sin que esta se huviesse presentado en los autos, y que asi, no presentada, como instrumento relato, no subsistia como referente la institucion.

36. Satisfizò tambien esta parte con que para que paraciesse la memoria, avia hecho, dicho Don Miguel varias diligencias, y buscadola entre los papeles de su Hermano, y asimismo el Escrivano publico, como este lo testificò en el testamento que otorgò Don Miguel, como Commissario de su Hermano, y no podia presumirse ocultacion en el susodicho, quando pareciendo la memoria, pudiera en algun modo aprovecharle, de no contenerse en ella la institucion del Mayorazgo, pues entonces pudiera, como libres, pretender estos bienes; y no solo esto, sino que aun dado casso en la memoria se dexassen dichos bienes como libres à dicho Don Miguel toda la vez que dispuso el que otorgò el poder para testar, el que su voluntad, era quedassen sus bienes agregados à el Vinculo, y Mayorazgo con las mismas cargas, condiciones, y obligaciones de llamamientos, y prohibiciones de enagenacion, y que fue su voluntad que lo contenido en dicha memoria, y esta su vltima disposicion, se entendiesse vna misma cosa, esta su vltima disposicion, no es relativa, sino dispositiva, y que asi en este casso, no tenia lugar la Regla general, de que no presentado el instrumento relato, no prueba el referente.

37. Fun-

37. Fundan mas ſu demanda, las otras partes, en dezir que en duda los bienes ſe preſumen libres, y no de Mayorazgo; pero à eſto tambien ſe dize, por eſta, que eſto ſe entiende quando no conſta de Vinculacion por inſtrumento, por teſtigos, ò por vſo, y poſſeſsion, que como de Mayorazgo ſe aya tenido de dichos bienes, como acontece en el caſſo de eſte pleyto, en que conſta la Vinculacion, y agregacion de Inſtrumentos publicos, como lo ſon: el poder para teſtar, que otorgò dicho Beneficiado. El teſtamento que en ſu virtud hizo Don Miguel ſu Hermano, inſtituyendo en ambos el Mayorazgo por Heredero. El inventario que hizo Don Miguel. Quentas de Albazeaſgo que diò, adjudicando à el Mayorazgo eſtas dos Heredades. Auto del Juez en que las huvo por adjudicadas. Poſſeſsion que de ellas tuvo, como agregadas à el Mayorazgo Don Miguel, haſta el dia de ſu muerte. E informacion de teſtigos que diò eſta parte, de averlas poſſeìdo ſu Padre, como vinculadas, y como tales, tomado poſſeſsion, y amparo de ellas por Executoria de V. S.

38. Fundan tambien ſu demanda, por otro medio, y es, no aver ſido del Beneficiado Don Diego de Velaſco, y Mendieta, la Heredad del Palmar, ſino de Don Miguel, ſu Padre, repitiendo para eſto, lo miſmo que alegaron en el juizio poſſeſſorio de aver pagado el precio de ella, Don Miguel, y el Diezmo à ſu Collacion, y no aver hecho mencion de eſta Heredad eſta parte que otorgò como apoderado, y Commiſſario de Don Miguel ſu Padre.

39. Se ſatisfizo, por eſta parte, y ſe preſentò teſtimonio del pleyto de concurſo de Acreedores, à los bienes de Don Bartholomè de Torres Paz, que con authoridad judicial, y con citacion de las otras, ſe ſacò de entre los papeles, que quedaron, por fin, y muerte del dicho Don Miguel de Velaſco, ſu Padre, en que conſta, que por el año paſſado de 1670. en dicho conſurſo, ſe rematò eſta Heredad del Palmar, en el Beneficiado Don Diego de Velaſco, y Mendieta, ſe le aprobò el remate, y ſe le diò poſſeſsion, y amparo de ella, aviendo hecho primero depoſito de 72U. reales, precio en que ſe le rematò, cuyo inſtrumento, y remate hecho, en dicho Beneficiado para ſi, y no para ſu hermano probaba el dominio; que de dicha Heredad tuvo dicho Beneficiado.

40. Pre-

40. Presentaronse tambien las particiones, que se hizieron à los bienes que quedaron por muerte de el Capitan Don Diego de Velasco, y Mendieta su Abuelo, Marido de la dicha Doña Vrsula Ramon de Salazar, en que consta expressarse en ellas, que el dicho Capitan Don Diego de Velasco, avia hecho donacion en vida à dicho Beneficiado Don Diego de Velasco, su hijo, de la otra Heredad de Fuertes, à el sitio de los Bugedillos, previniendose la traxesse à colacion, y particion, y en la Hijuela que se le formò à dicho Beneficiado, de lo que huvo de aver, se le adjudicaron los reales que avia de conferir por dicha Heredad, quedando esta por del susodicho.

41. Con estos Instrumentos, funda esta parte, el dominio de las dos Heredades, y satisface à los papeles de quentas presentados de contrario, que dàn à entender, averse pagado el precio de la Heredad del Palmar, con caudal de Don Miguel, aunque dichos papeles son simples, sin firmas, sin estàr reconocidos, y que fueron quentas, formadas el año de 1670. que despues de ellas pudieron continuarse otras, y quedar Acreedor el Beneficiado, como quien tanto daba, y suplia por Don Miguel su Hermano, hasta el costo de su boda, como lo expressaban algunos de dichos papeles; y que desde el año de 70. en que fueron formados dichos papeles, y se rematò la Heredad, hasta el año de 81. en que muriò dicho Beneficiado, pudo aver satisfecho à Don Miguel su Hermano, aun mas del precio de la Heredad, que se verifica con averla posseìdo, como suya, hasta el dia de su muerte, agregadola à el Mayorazgo, y consentidolo assi dicho Don Miguel, que no lo huviera hecho, si fuesse suya la Heredad, pues como libre, pudiera disponer de ella, como le pareciesse, y no consentir dexarla sugeta à Vinculo.

42. Recibiòse el pleyto à prueba, y passado, sin averse hecho, y alegadose por las partes concluso; diò, y pronunciò su sentencia el Theniente, en 24. de Julio del año de 1715. en que absolviò, y dio por libre à dicho Mayorazgo, y agregacion à èl hecha, por el Beneficiado Don Diego de Velasco, y à esta parte, como su posseedor de la demanda puesta por las otras, sus Hermanos, y por bien hecha la agregacion,

è institucion, que hizo Don Miguel de Velasco, como Commissario del Beneficiado Don Diego su Hermano, à el Mayorazgo fundado, por la dicha Doña Vrsula Ramon de Salazar de las dos Heredades de Fuertes, y el Palmar, y de todo quanto à ellas toca, y pertenece por el testamento, que en virtud de dicho poder, otorgò en el año de 82. que fue aprobada dicha agregacion, por Auto proveìdo en los del cumplimiento de la disposicion de dicho Beneficiado en 21. de Março del año de 85. y que como bienes agregados, y pertenecientes, à dicho Mayorazgo, continuasse en el goze de dichas dos Heredades, y de sus frutos, y rentas esta parte, como su actual posseedor, y los demàs que en en adelante lo fuessen con los Vinculos, llamamientos, calidades, y prohibiciones, contenidas en las clausulas de dicho poder, y testamiento, y en la fundacion de dicho Mayorazgo.

43. Apelòse de esta sentencia, por las otras partes, ante V. S. y aviendo el pleyto passado por su orden, y expressados agravios de ella, insistiendo en lo mismo, que antes en la primera instancia tenian alegado, solo alegaron de nuevo en esta de V. S. aver sido legatario en cantidad de 200. pesos Don Luis de Quevedo, vno de los testigos instrumentales del poder para testar, y el que firmò el otro si de dicho poder por el dicho Beneficiado Don Diego, y que los Autos del cumplimiento de su testamento, en que diò la quenta del Albazeasgo Don Miguel su Hermauo, y por agregados al Mayorazgo las dos Heredades, y poder vender la vna, no se substanciaron con los hijos de dicho Don Miguel, como se substanciaron los de particion de Doña Vrsula Ramon de Salazar, con los Tutores, y el Padre de Menores, y que dicho Don Miguel no tomò possesion judicial de essas dos Heredades, como agregadas à el Mayorazgo.

44. A esto tambien se ha satisfecho por esta parte; à lo primero, con que no ay prohibicion para que el legatario no pueda ser testigo en el testamento, aunque la aya en el Escrivano, por ante quien se otorga el testamento, y aun quando la huviesse en el legatario; Don Luis de Quevedo fue testigo en el poder para testar que diò el Beneficiado Don Diego, en que no se le hizo el legado; y no lo fue en el

 testa-

estamento, que en virtud de dicho poder, otorgò Don Miguel de Velasco en que le dexò el legado de 200. pesos por dezir, assi se lo avia communicado el Beneficiado Don Diego su Hermano.

45. A lo segundo, còn que los Autos del cumplimiento de el testamento del Beneficiado Don Diego, no avia necessidad se substanciassen con los Hijos de Don Miguel, pues se reduxeron à la quenta del Albazeasgo, que diò, y las dos Heredades agregadas al Mayorazgo, que era el Heredero, y su posseedor Don Miguel, sin que en esto se les perjudicasse à los Hijos, y Herederos de Don Miguel, por no ser, como no fueron, ni son Herederos en bienes libres del Beneficiado Don Diego su Tio, y que si con los Tutores, y Padre de Menores, se substanciaron los de particion de bienes de la dicha Doña Vrsula, fue por que alli huvo Herederos, Menores, y bienes libres, que heredar; como fueron sus legitimas maternas, que no se les podia agravar, y la facultad, que à Don Miguel diò Don Diego su Hermano, para poder vender la Heredad de el Palmar, para el Molino, y Almazen, que se avia de hazer en la de Fuertes, fue à èl solo, de tal suerte, que no haziendolo en vida, prohibiò el que otro ningun sucessor lo pudiesse hazer, y lo agregò desde luego con la de Fuertes à el Mayorazgo, Don Miguel, en el testamento que otorgò, por dezir assi se lo avia communicado Don Diego su Hermano.

46. A lo tercero, que era demàs tomasse possession judicial de dichas Heredades Don Miguel como agregadas à el Mayorazgo; quando antes la tenia judicialmente tomada del mismo Mayorazgo, y se hallaba en la tenencia, y possession de dichas Heredades como Vinculadas, pues como tales las agregò, y se huvieron por agregadas, sin que fuesse de substancia en que en execucion del Auto de agregacion, no huviesse otorgado Escriptura publica, porque esta no era de substancia de la agregacion, sino de prueba de ella, y esta la avia yâ con los mismos Autos judiciales de la agregacion que en execucion de averlo assi dexado dispuesto el Beneficiado Don Diego, lo dispuso assi, Don Miguel su Hermano.

47. Vltimamente alegaron de nuevo, en esta instancia que Don Miguel de Velasco, su Padre, y de esta parte en

el

el accidente que le diò de que muriò, se privò del habla, y no del sentido, y que explicò por señas, que la Heredad del Palmar, no era Vinculada, pidiendo prueba para esto; como tambien para comprobar los papeles simples de las llamadas quentas, que en el año de setenta tuvieron los dichos Don Diego, y Don Miguel de Velasco.

48. Tambien por esta parte se alegò de nuevo los muchos socorros; que el Beneficiado Don Diego, que era de bastante caudal, y gozaba rentas Ecclesiasticas le hizo hasta el dia de su muerte à Don Miguel su Hermano, que se hallaba con escazès, y muchos hijos, y familia, y que para esto le hizo gracia por el tiempo de su voluntad, verbalmente del goze, y vsufructo tan solamente de dicha Heredad del Palmar, con cargo de que pagasse los Capatazes, y jornales de los sirvientes del procedido de los mismos fructos, percibiendo el reciduo, para ayuda de su manutencion hijos, y familia, y que por esto pagaria el Diezmo de dichos frutos. Y tambien se alegò, ser practica, y estilo inconcusso en esta Ciudad en los testamentos, que ante los Escrivanos publicos se otorgan, que si despues de otorgados, y firmados los testigos, incontinenti, se les ofrece à los testadores algunas cosas que advertir, ò añadir, lo hazen à continuacion de dichos testamentos, firmando lo nueuamente añadido, y que si por agravarse la enfermedad à el testador, no puede firmar, à su ruego lo firma, vno de los testigos, consintiendo para la justificacion de esto en la prueba pedida de contado, que con efecto se recibiò el pleyto aprueba, y se hizieron probanças por las partes, que la hecha por esta, se reduce à lo siguiente:

PROBANZA, QVE SE HIZO POR DON Diego de Velasco Mendieta Cavallero.

49. ARticulò como dicho Beneficiado Don Diego su Tio, tuvo diferentes quentas, y dependiencias con Don Miguel su Hermano, y continuò en ellas, hasta el año de 1681. en que muriò de diferentes prestamos, que le hizo, y que por esto, aunque las tuvieron el año de 70. y le cargasse à Don Miguel su Hermano, el valor de la Heredad

del

del Palmar, continuando despues los prestamos, se haria pago con la misma Heredad, pues a no ser assi, no la huviera posseido, ni agregado como suya à el Mayorazgo, ni lo huviera consentido Don Miguel su Hermano.

50. Diez fueron los testigos, que se examinaron; y *Don Pedro Gomez Burgeño*, vno de ellos dize, que dicho Beneficiado Don Diego Velasco à quien tratò, y communicò mucho tiempo, fue de mucho caudal, y que comprò la Heredad del Palmar, y tuvo entendido fue del susodicho, sin que en ella huviesse tenido parte Don Miguel su Hermano, porque si la huviesse tenido, se lo huviera expressado al testigo dicho Beneficiado. *Don Francisco Cortès*, otro de ellos, y todos de edades desde 60. à 80. años, y mas dize, por aver tenido mucho trato en las casas de dicho Beneficiado, y Don Miguel, que era muy acomodado el Beneficiado; persuadiendose, en la generosidad de su animo, à que le daria à Don Miguel su Hermano, lo que necessitasse con gran frequencia *Don Pedro Suarez de Saavedra*, contesta lo mismo, y añade ser muy verosimil, que para en pago de los muchos prestamos, y socorros que Don Diego hizo à su Hermano, se quedasse con la Heredad del Palmar, infiriendolo assi, de averla gozado como suya, hasta el dia de su muerte, y agregadola à el Mayorazgo con la otra. *Y Don Andres Rodriguez Galan, Cura, y Beneficiado de la Parroquial de Santa Marina*, que mediante, el que dicho Don Diego, tuvo grande amistad, con Don Alberto Rodriguez Galan, Presbitero, Tio del testigo, en diferentes ocasiones, el que le oyò dezir à el dicho Don Diego, aver comprado la referida Heredad del Palmar, con el fin de aumentar el Mayorazgo que su Madre Doña Vrsula, avia fundado, y en que avia de subceder Don Miguel su Hermano, para que tuviesse con que mantener con mas lucimiento, y descencia su familia.

51. Corroborasse mas este hecho, con vn testimonio que presentò, dado por Francisco del Puerto, Escrivano publico, y del numero de la Villa de la Rambla, por ausencia de Alvaro Ortiz Tamayo, Escrivano de todas rentas Reales, y servicio de Millones de la Villa de Alcalà de Guadayra, en virtud de provision de V. S. con citacion de las otras partes,

en que consta, como en 31. de Enero del año de 1670 (que fue quando comprò la Heredad el Beneficiado) con intervencion del Licenciado Lovillo, Vicario, que fue de la Parroquial de dicha Villa, se hizieron aforos de vino aniejo, y nuevo del Estado Ecclesiastico, assi de vezinos de dicha Uilla, como de heredados en su termino, y que aforaron en la Bodega de dicho Beneficiado Don Diego 1U140. de vino añiejo, y 120. del nuevo. En el año de 1673. el Administrador de Millones, aviendo requerido à Don Bartholomè Algarin, Vicario, con comission del Juez de la Iglesia, para los aforos de Azeyte de Eclesiasticos, cosecha del año de 72. se aforaron en la Hazienda, y Molino de dicho Beneficiado à el sitio de los Bugedillos, y por del susodicho 800. arrobas de Azeyte. Y en el año de 677. en la Hazienda del susodicho, que llaman el Palmar, 290. arrobas de vino aniejo, y de nuevo algunos toneles, pipas, y tinajas, tambien en virtud de commission de Juez Eclesiastico. En el año de 678. en dicha Heredad del Palmar, y por de dicho Beneficiado, 817. arrobas de vino; y en la otra Heredad de Fuertes 735. arrobas. En el año de 678. en la Heredad de Fuertes 780. arrobas de vino añiejo, y algunos toneles nuevo; en la del Palmar 3U45. arrobas de vino aniejo, y otros toneles, y pipas de nuevo. En el de 679. en la Bodega del Palmar 1U864. arrobas de vino añiejo, y otras de nuevo. El de 680. 1131. arrobas de vino añiejo, y otras de nuevo en dicha Heredad del Palmar, y en el de 681. (que fue en el que muriò) en la del Palmar 1U37. arrobas de vino añiejo, nuevo, y dañado, y porcion de Azeyte, por no averlo por entonces en dicha Heredad, que de no aver sido suya, desde el año de 70. que la comprò, no se huviera aforado, ni sus frutos, por del susodicho, con assistencia del Uicario, y en virtud de la comission del Juez Eclesiastico.

52. Articulò, que por hallarse con cortedad de medios Don Miguel, y con muchos hijos, y familia, y mucho caudal, y rentas Eclesiasticas el Beneficiado Don Diego su Hermano, y con la otra Heredad de Fuertes, y por hazerle beneficio le hizo gracia extrajudicial del goze de los frutos de la Heredad del Palmar, por tiempo de su voluntad con el cargo de que la beneficiasse de lo que procediesse de dichos fru-

tos,

tos, y pagasse el Capatàz, y demàs Operarios; y Diezmos. Dize de oìdas à Don Miguel, Don Francisco Cortèz, y añade que la Heredad del Palmar, siempre la tuvo por de dicho Beneficiado Don Diego, y que este Don Diego, le dixo en vna ocasion, tenia tambien la otra Hazienda, que agregar à el Mayorazgo de su Madre. El Padre Fray Juan de la Anunciacion, Presbytero del Orden de la Santissima Trinidad Descalços con licencia de su Prelado, dize la pregunta, por averlo assi oìdo dezir varias vezes en las Casas de Doña Vrsula de Salazar, Madre de los dichos Don Diego, y Don Miguel, donde el testigo iba muchas vezes por la cercania que tiene con su Convento. Fr. Joseph de la Assumpcion, Presbitero de dicha Orden, en virtud de licencia de su Prelado, dize de oìdas en varias ocasiones à Religosos antiguos de su Convento. Don Pedro Suarez de Saavedra de oìdas diferentes vezes à Don Miguel. Y Don Andrès Rodriguez Galan, dize, sabe toda la pregunta, y añade le dixo el Beneficiado Don Diego, como al dàrle à Don Miguel su hermano esta Heredad en la conformidad referida, era tambien por averse casado Don Miguel à gusto de Don Diego.

58. Articulò, que mediante esta extrajudicial donacion de frutos, vsò de ellos, y los percibiò Don Miguel, y que desde el año de 73. con poca diferencia, pagò los Diezmos à los Arrendadores de su Collacion. Don Francisco Cortès. El Padre Fray Juan de la Anunciacion; y Don Andrès Rodriguez Galan, tres de los testigos, dizen tenerlo assi por cierto, discurriendo lo que era muy natural, el que desfrutando la Heredad pagasse los Diezmos.

54. Articulò, que en los testamentos que en esta Ciudad se otorgan, si despues de estàr firmados de los Escrivanos, publicos, y testigos, tienen los testadores algo que advertir, ò añadir lo hazen incontinenti à continuacion de los testamenmentos firmando los testigos, y Escrivanos publicos lo que se añade; y que si antes se les agrava à los testadores la enfermedad, y por esto no firma, à su ruego vno de los testigos instrumentales; y que solo en casso de averse ido el Escrivano hecho el testamento, y llamadolo despues, para añadir, ò quitar algo del testamento se haze por Codicilo, y que esta es la

pra-

practica, y estilo inconcuso assi en esta Ciudad, como en otras partes, sin cosa que aya en contrario, deponenlo de cierta sciencia los testigos, y con especialidad, y por averlo assi practicado sin cosa en contrario, Juan Muñoz Naranjo. Sebastian de Santa Maria y Barra. Y Antonio Ruis Jurado, Escrivanos publicos de esta Ciudad.

55. Articulò, que del accidente repentino, que le diò à Don Miguel de Velasco, de que muriò, no solo se privò del habla, sino tambien del sentido, sin aver buelto à su razon; y que aunque los demàs, sus Hijos, y Herederos, solicitaron llevar, como con efecto llevaron vn Escrivano publico, para vèr si bolvia en si, y si queria hazer testamento, no se executò, y se bolviò el Escrivano publico, por no aver buelto del accidente, ni en su razon dicho Don Miguel.

56. Deponenlo el Doctor Don Pedro Calero, Medico, apremiado por mandado de V. S. en que dize, que con el motivo del accidente aplopetico que le diò, de que muriò Don Miguel, le llamaron, y que aunque à la primera visita, que le hizo, diò algunas muestra de estàr capàz, *à muy breve tiempo*, y antes que llegasse el Escrivano publicò, se privò totalmente de sentido, y que en ninguna de las ocasiones siguientes, en que el testigo concurriò â la curacion, viò, ni oyò à dicho Don Miguel demonstracion, que indicasse à estàr en su debida razon, à causa de que lo grave de su enfermedad, no lo podia permitir, y que aunque en distintas vezes, en la noche que traxeron à Don Miguel con el accidente, estuvo en todo, lo demàs de ella, ordenando varias medicinas, viò entrar vn Escrivano, para que Don Miguel hiziesse su disposicion; nunca se dixo estuviesse capàz para executarlo.

57. El Doctor Don Andrès Mastrucio, Medico que tambien acudiò à la curacion, dize, que en las ocasiones, que durò el accidente, en que le visitò, nunca reconociò estuviesse en su entero conocimiento, porque lo terrible del accidente, lo avia de tener privado de razon precissamente; y Toribio Fernandez de Cosgaya, Escrivano publico de esta Ciudad, que tambien depuso apremiado, dixo, que aviendole llamado de la Casa de el dicho Don Miguel, para que otorgasse su vltima

tima

tima disposicion, y reconociendo el testigo, estaba impedido de poder hablar, por causa de la enfermedad que padecia, no passo à poner en execucion dicha vltima disposicion, sin que precediesse la asistencia de vn Juez Ordinario, pues aunque algunas personas de dichas Casas, le dieron à entender à el testigo lo podia hazer, no asintiò à ello, y que aunque el testigo estuvo en dichas Casas mucho tiempo, à fin de vèr, si el dicho Don Miguel hablaba, no llegò el casso, por razon de aver muerto con la privacion que tuvo de hablar.

PROBANZA QVE SE HIZO POR LOS demàs Hijos, y Herederos de dicho Don Miguel.

58. ARticularon, de que hallandose dicho Don Miguel en vna de las referidas dos Haziendas, el dia 4 de Noviembre del año de 713. le diò el accidente, privandole de sentido, y habla trayendole en esta forma à esta Ciudad à sus Casas, donde llegò la noche de dicho dia, que haziendole remedios, por ellos se reconociò alguna mejoria, abriendo los ojos, y haziendo demonstraciones de estar en su sentido, respondiendo, por señas à lo que se le preguntaba, absolviendole apretandole la mano.

59. Examinaron algunos testigos, vno de ellos el Padre Fray Juan de San Mathias, Vicario del Convento de Trinitarios Descalços, quien dixo que de dicho accidente nunca hablò, pero segun demonstraciones, que hizo de estàr en su sentido, le absolviò en la forma regular, como tambien lo hizieron otros Sacerdotes, y que vna de las señas, que viò el testigo fue, se daba en el pecho algunos golpes, en señal de arrepentimiento, y lo mismo en la misma forma depuso el Padre Fray Pedro de San Antonio, su compañero. Doña Ana Polonia Triviño, en cuyas Casas, dize, que con el motivo del accidente passaron en compañia de Doña Constança de Barreda, hija de la testigo à las Casas de Don Miguel, y que no hablaba el susodicho, aunque respondia por señas en algun modo à lo que se le preguntaba, que examinada la dicha Doña Constança, aunque contesta el hecho, de aver ido en

com-

compañia de las dichas, à las casas de Don Miguel, dize perdiò el habla, pero q̃ con diferentes medicamentos, se recobrò en parte del accidente, y abriò los ojos, y que en vna de las vezes que le absolvieron, en la forma, que en semejantes cassos està dispuesto apretò la mano, y se daba en los pechos, y que viò, que llegando à lo cama, el P. M. Fray Joseph de Haro, preguntandole, que para descargo de su conciencia, dixesse, si era libre, ò vinculada la Hazienda del Palmar; avia dado à entender con lo cabeza, ser libre, que asi lo entendiò la testigo, y que viò que à la pregunta, que tambien le hizo dicho Padres Maestro, de si estaba gustoso, de aver apretado la mano, avia inclinado la cabeza dicho Don Miguel, y que lo vieron esto las demàs personas que se hallaron presentes. Y Gregorio Ruis de Estepa, otro de sus testigos, dize que aviendo visto à dichos Religiosos, y à el Doctor Don Pedro Calero, y que estando executando varios remedios, hasta la media noche, que entonces se reconociò alguna mejoria, y que hazia alguna demonstraciones de aver buelto en su sentido.

60. Articularon, de que à poco rato, dicho Padre Maestro Fray Joseph de Haro, le preguntò à el enfermo, si estaba gustoso, de aver apretado la mano, y recebido la absolucion, y que respondiò, por señas: que si, y que tambien le dixo, le dixesse vna verdad, que conducia para descargo de su conciencia, y que le respondiò, que si, y que la pregunta fue, si la Heredad del Palmar, era vinculada, y que el enfermo, respondio, moviendo la cabeza de vn lado, à otro, que no, y que esta pregunta, se repitiò tres vezes, y que à todas, diò la misma respuesta en dicha forma.

61. El Padre Fray Juan de San Mathias dize esto, de oydas à el Padre Maestro Haro. El Padre Fray Pedro de San Antonio, que preguntandole à el Enfermo, dicho Padre Maestro Haro, como era cierto, que la Heredad del Palmar, era libre, y no vinculada, respondiò el Enfermo, inclinando la cabeza, dando à entender ser libre. Y Gregorio Ruiz de Estepa, que asi à la primera, como à la segunda pregunta, que le hizo dicho Padre Maestro Haro, respondiò inclinando la cabeza, en demonstracion, de dezir que era libre.

62 En el termino de prueba, trataron las otras partes

de

de hazer cotejo, y comparacion de letras de los referidos papeles simples de quentas que tuvieron los dichos Don Diego, y Don Miguel, y han presentado en los Autos (que se hizo por Maestros de primeras letras) y Thomàs de Agredano Escrivano publico de esta Ciudad, en que dixeron, que los papeles presentados en estos Autos, à los folios 70. 71. 74. y 75. que son los de memoria de costos, y gastos de la Hazienda, y sus beneficios, y de diferentes pagos, que hizo dicho Beneficiado Don Diego, por Don Miguel su hermano, y de partidas que le prestò, y para su boda, que es parecida la letra de dichas memorias, à la de otros papeles, que estàn en los Autos del cumplimiento del testamento de dicho Beneficiado firmados del susodicho. Y que el papel del fol. 78. los tres primeros renglones, que se reducen a quenta de compañia; q̃ estàn executadas con violencia, y aceleracion; y que los renglones, y numeros, que en dicho papel prosiguen, son de distinta mano, y letra, sin la menor duda, aunque Thomàs Agredano, no haze separacion alguna.

63. Passado el termino de prueba, y hecha publicacion de probanças, se alegò de bien probado por las partes, y por esta se dixo, que Doña Ana Polonia Triviño, vna de los testigos de las otras partes, diziendo, como dezia de oìdas à Doña Constança de la Barreda, y otras personas, que aunque Don Miguel no hablaba, respondia por señas, y que al preguntarle el Padre Maestro Haro, si era libre, ò vinculada la Hazienda del Palmar, avia dado à entender con la cabeza, que libre; y que esto lo vieron las demàs personas que se hallaron presentes, nada desto contextan, ni dizen los demàs testigos, Religiosos, que se hallaron presentes.

64. Gregorio Ruiz de Estepa, otro de sus testigos, aunque tambien dixo, que Don Pedro Calero, avia estado executando varios medicamentos, hasta la media noche, y que entonces se reconociò alguna mejoria, y hazia el enfermo algunas demonstraciones de aver buelto en su sentido (no explica quales fuessen,) se convençe con que examinado este Medico Don Pedro Calero por esta parte dixo, que aunque à la primera visita que hizo à el Enfermo, diò algunas muestras de estàr capàz; el que à muy breve tiempo, y antes que llegasse

el

el Escrivano; se privò de sentido, sin aver buelto en èl, y que aunque en toda la noche estuvo el testigo ordenando varias medicinas, nunca le dixo, estuviesse capàz, con lo qual se desvanecia lo que en quanto à esto deponia el dicho Gregorio Ruiz de Estepa, testigos de las otras partes.

65. Convençe mas su probança, con que articulando en su interrogatorio, que preguntando a el Enfermo el Padre Maestro Haro, si la Heredad del Palmar era vinculada, avia respondido moviendo la cabeza *de vn lado à otro*, que no, y que esta pregunta se repitiò tres vezes, dando à todas la misma respuesta, y en la misma forma, el Padre Fray Pedro de San Antonio, y Gregorio Ruiz de Estepa, dos de sus testigos, dixeron, que preguntando el Padre Maestro Haro, si era *libre*, ò vinculada, que Don Miguel respondiò, *inclinando la cabeza*, dando à entender, ser libre, y que esto mismo succediò en otra ocasion, que se le bolviò à hazer la misma pregunta, aviendo passado mas de 6 horas desde la primera à la segunda pregunta, y que en esta segunda, se hallò presente el Escrivano publico, se halla à todo el convencimiento, con evidencia, à lo primero con que si en el interrogatorio se articulò, que el enfermo à el preguntarle, si la Heredad del Palmar era vinculada, respondiò, moviendo la cabeza de vn lado à otro, que no: diziendo el Padre Fray Pedro de San Antonio, que la pregunta fue, si era libre, ò vinculada, y la respuesta inclinar la cabeza (que es hazia abaxo; y no de vn lado à otro) pudo esta demonstracion (aun quando estuviesse probada) apelar, à que la Heredad era vinculada; y à lo segundo, que si el Medico Don Pedro Calero, dixo que al principio diò el Enfermo algunas muestras de aver buelto, pero que en toda la noche no se dixo huviesse buelto en si, y el Escrivano publico, por la misma razon, se bolviò, como assi lo depuso, junto con esto, el que si vna vez, se le preguntò, si era libre, ò vinculada la Heredad, y respondiò con la cabeza, ad quid bolver à hazer la misma pregunta, no solo segunda, sino tercera vez, como dizen los citados dos testigos. Ademàs de que como quiera, que se considerasse, nunca este acto, aunque se probasse, perjudicaban, y destruìa los anteriores, de estàr dicha Heredad vinculada.

66. Por las otras partes, se alegò tambien, de tener

proba-

probada su intencion bastantemente, sin que lo huviesse hecho esta, y cotejados los papeles de quentas del año de 70. y concluso el pleyto esta, para verse, y determinarse en esta instancia de vista de V. S. sobre confirmar, ò revocar la referida sentencia del Theniente, sobre que esta parte pretende su confirmacion.

67. Concluso, y en este estado el pleyto, tiene la novedad de pedimento que se diò ante V. S. por las otras partes, pidiendo que à la vista se tuviesse presente otro pleyto, que ante el Theniente Don Gabriel de Roxas, y Matheo Muñoz de Lara, Escrivano de su Juzgado, se sigue sobre el cumplimiento del testamento de Don Miguel de Velasco y Mendieta, y particion à sus bienes, y por V. S. se mandò assi.

68. Lo que consta de dicho pleyto, es poder para testar que en 8. de Junio del año de 1704. diò el dicho Don Miguel de Velasco à Don Diego de Velasco, y Mendieta su hijo Mayor (que es esta parte) para que pudiesse disponer, y mandar lo que le tenia comunicado. Y para que declarasse que pertenecia à el Mayorazgo, que fundò la dicha Doña Vrsula Ramon de Salazar su madre, de que era posseedor la Heredad de Fuertes, termino de Alcala de Guadayra, por agregacion que de ella hizo à dicho Mayorazgo Don Diego Gomez de Velasco, y Mendieta su hermano, en el testamento, que en virtud de su poder para testar hizo, y otorgò en 22. de Junio del año de 1682. Y para que dicho su hijo mayor se pudiesse nombrar que desde luego le nombraba, como tambien à los demàs sus hijos, por sus vnicos, y vniversales herederos en el remaniente de sus bienes.

69. Vsando de este poder esta parte otorgò el testamento por su padre en 15. de Noviembre de 1713. en que declarò, pertenecerle à el referido Mayorazgo, la Heredad de Olivares del heredamiento de Fuertes, por agregacion que hizo dicho Beneficiado Don Diego Gomez de Velasco, y se instituyò, y à los dichos sus Hermanos por herederos de dicho Don Miguel de Velasco y Mendieta su Padre legitimo.

70. En 15. de Abril del año de 1715. esta parte como hijo, heredero, commissario, y albazea de su Padre, hizo Inventario de sus bienes, y entre ellos Inventario la referida Here-

Heredad de Fuertes, con todo lo à ella perteneciente, como tambien la Heredad del Palmar en la misma forma.

71. Dixose por las otras partes, que aunque se avian hecho aprecios de bienes muebles, plata labrada, y joyas, no los avia hecho esta de las referidas dos Heredades. De vn Juro cituado en el primer vno por 100. de primera cituacion de 240U. mrs. à nombre de Don Diego de Velasco, su Abuelo, ni de la Veinte, y quatria, que vsaba, y concluyò pidiendo, que estos bienes expressados se incluyessen en el Inventario, se tuviessen por mas caudal de la disposicion, y se apreciassen de conformidad de las partes.

72. Dado traslado à esta, se dixo por esta parte, no deberse incluir las dos Heredades en el Inventario, respecto de pertenecer à el Mayorazgo, por agregacion que à èl hizo de ellas el Beneficiado Don Diego Gomez de Velasco, y Don Miguel su Hermano, como su apoderado; y que el Juro de el mismo modo pertenecia à el Mayorazgo.

73. Presentose por las otras partes, testimonio dado por Don Diego Mexia Carreto Escrivano de Camara de esta Real Audiencia de pleyto de Acreedores à los bienes de Anton Armijo 24. que fue de esta Ciudad, en que se rematò este oficio de 24. por otro nombre Escrivano Mayor de Sacas, con voz, y voto por el año passado de 1654. en Don Diego de Velasco, y Mendieta, en precio de 56U. reales, que depositò en la Caxa de Don Lorenço Ibarburu, y Compañia, comprador de oro, y plata, que fue de esta Ciudad, y declarò dicho Don Diego aver hecho la postura, y deposito de orden, y con caudal de Don Miguel su Hermano, quien en virtud de esta declaracion, tomò possesion en 14. de Junio del año de 74. y el amparo en 18. de dicho mes, y año. Presentaron, assimismo la fee de Baptismo de Don Miguel de Velasco su Padre, en que parece era por entonces de 29. años de edad.

74. Con estos Instrumentos, alegaron ser libre el oficio, y que por pertenecerle por entonces à dicho Don Miguel tomò possession dèl, y que se comprò con su dinero, pues tenia de caudal 2. quentos, 488U588. mrs. vellon, y 4. quentos 044U89. mrs. plata, que le tocaron en las particiones de su Padre, y que se evidenciaba mas, ser el oficio libre con certifi-

cacion

cacion, que tambien presentò del Contador Don Domingo Mendivil, en que dezia, no constaba en los libros de su cargo, ser vinculado este Oficio.

75. Esta parte respondiò satisfaciendo, y presentando otros instrumentos, sacados por mandado del Juez, y con citacion de las otras, como son, certificacion dada, por el mismo Don Domingo Mendivil, en que certifica, que por el año de 80. dicho Don Miguel de Velasco, tomò possession, y amparo en virtud de mandamiento de Iuez del Juro, como primero llamado à el Mayorazgo. El otro Instrumento, testimonio dado tambien, por el mismo Don Diego Mexia Carreto, de pleyto seguido por dicho Don Miguel de Velasco, Padre de estas partes, sobre tomar possession de los bienes del Moyorazgo, fundado por Doña Vrsula Ramon de Salazar, como primero llamado, y en que està la fundacion de dicho Mayorazgo, y testamento de la susodicha, en que fundò vn Patronato de Dotes, y Capellenia, y ordenò recayesse este Patronato en el Mayorazgo, y aplicò 8U. ducados, que adjudicò en diferentes efectos, vno de ellos los 240U. mrs. de Juro, de renta en cada vn año, mitad de los 480U. y declarò aver este quedado, por bienes del Capitan Don Diego Gomez de Velasco su marido, por carta librada por su Magestad à su cabeza, y que en las particiones, que à bienes de dicho su marido se avian hecho, y aprobado por el año de 660. se le avia adjudicado à la susodicha en quenta, y parte de pago de su Dote la referida partida de Juro de 240U. mrs. y que la adjudicacion, que de este Juro para en parte de pago de los 8U. ducados del Patronato, avia hecho, fue por Escriptura de 18. de Febrero del año de 662. por ante Geronymo de Guevara Escrivano publico, que fue de esta Ciudad, y que en virtud de esta Escriptura de adjudicacion Don Diego de Velasco su Hijo, como primero Capellan nombrado avia parecido ante el Provisor de esta Ciudad, y le avia hecho colacion de la Capellania, y convertido sus bienes de temporales en espirituales en el mismo año de 62. y assimismo adjudicò el referido oficio de Veinte y quatro, relacionando aver sido de Antonio de Armijo, y averse rematado en su concurso en el dicho Don Diego de Velasco, su Hijo mayor, en los 56U. reales, y depositadolos en la Caxa de Don Lorenço de Ibarbu-

Ibarburu, y que este oficio le pertenecia à la susodicha, por Escriptura de declaracion, que à su favor avia otorgado dicho Don Diego su hijo, en 6. de Noviembre de el año de 1674. por ante Geronymo de Guevara Escrivano publico, que fue de esta Ciudad, y en esta clausula de declaracion testamentaria, que de todo lo referido, hizo la dicha Doña Vrsula, intervino Don Miguel, primero llamado à el Mayorazgo, aceptandolo, y todo lo en dicho testamento contenido, confessando tener recebidos todos los titulos de los bienes de dicho Mayorazgo.

76. Assi mismo consta de dicho testimonio, de que por el año de 1680 se le diò possession à el dicho Don Miguel, y amparo de los bienes de dicho Mayorazgo, y entre ellos de este oficio de Veinte y quatro, y Juro referido, como perteneciente à el Mayorazgo, y por via del Vinculo.

77. Tambien consta de dicho testimonio, como en el referido pleyto se presentò Escriptura publica, otorgada por todos los hijos dela dicha Doña Vrsula de particion à sus bienes, y de los adjudicados à el Mayorazgo, en que quedò gravada la legitima Materna del dicho Don Miguel, y que entre las partidas, que se adjudicaron â el Mayorazgo, fue el dicho oficio de Veinte y quatro, relacionando averle costado à la dicha Doña Vrsula los 56ꝟ. reales, declarando en esta Escriptura, assimismo dicho Don Diego Gomez de Velasco y Mendieta, aver declarado ante Francisco Romero, Escrivano publico, que fue de esta Ciudad, aver sacado el oficio para Don Miguel su hermano, pero que mediante averse comprado con dinero, de la dicha Doña Vrsula, declaraban pertenecer à su Hazienda; y tambien se adjudicò à el Mayorazgo.

78. Con estos Instrumentos, se dixo por esta parte, constaba de ellos, ser la Veinte y quatria, y Juro, bienes vinculados, y como tales adjudicados, por la dicha Doña Vrsula, que en las particiones convencionales, se aprobò esta adjudicacion, y como de bienes del Vinculo, tomò possession el dicho Don Miguel, y que aunque Don Diego su Hermano, declarò averlo comprado en el concurso de orden, y con caudal de el dicho Don Miguel, tambien avia declarado averlo comprado con dinero de la dicha Doña Vrsula su Madre.

79. Esto es lo que consta del pleyto de Inventario de bie-

bienes del dicho Don Miguel, y particion à sus bienes; que està mandado se tenga presente à la vista del que contra esta parte, siguen las contrarias sobre la llamada nulidad de la Vinculacion, y agregacion a el Mayorazgo que hizo dicho Beneficiado Don Diego de Velasco y Mendieta; y al fin que se pidiò por las otras partes, se tuviesse presente el otro pleyto à la vista de este, es vnicamente para dar à entender, que asi como suponen que la Veinte y quatria y Juro, siendo bienes libres Don Miguel de Velasco y Mendieta, su Padre, consintiò se tuviessen por vinculados, no pudiendolo hazer en perjuyzio de sus Hijos, assi de la misma suerte, teniendo por libre la Heredad del Palmar, y propria del dicho Don Miguel, no pudo el susodicho consentir en la agregacion, que de ella hizo à el Mayorazgo el Beneficiado su Hermano, à que en este papel, y segundo punto, que en èl se tocarà, se darà bastante satisfacion.

80 His itaque infacto enarratis, passa Don Diego de Velasco, y Mendieta, posseedor actual del Mayorazgo, à fundar, con la cortedad de su Abogado, en derecho sus defensas, que divide en dos Puntos; el primero, à que es valida, y subsistente la Vinculacion, y agregacion que à el Mayorazgo hizo el Beneficiado Don Diego de Velasco, y Mendieta; y en el segundo, el que como suya, la Heredad del Palmar, y no de Don Miguel su hermano, la pudo agregar.

PRIMER PVNTO, Y DEFENSA.

81. ES valida, y subsistente la Vinculacion, y agregacion, que à el Mayorazgo de Doña Vrsula Ramon de Salazar, hizo el Beneficiado Don Diego de Velasco, su hijo, del remaniente de sus bienes en el poder para testar que otorgò, y en el testamento, que en su virtud hizo Don Miguel de Velasco, y Mendieta su Hermano.

82. Si respectu inventionis, & originis, se introduxo jure gentium la testamenti faccion activa; respectu verò formæ, & solemnitatis vires accepit à jure civili: *leg. 1. & per totum, ff. & Cod. de testam*; siendo como lo es permitido à todos esta libertad de testar, quando no les es prohibido: *leg. 1. & per totum Cod. qui testam. facere possunt, & §. 1. instituit. quibus non est permis-*

sum

sum facere testamentum, como lo es à el impube Varon menor de 14. años, y à la hembra de 12. leg. *qua ætate ff. de testam.* à el furioso leg. 2. *ff eodem*, al mentecato, leg. *in adversa ff. eiusdem tit.* y à otros, que notò Gom. *in leg. 3. taur. ex n. 2.*

83. Iure civili, tambien se considerò este acto de la testamenti faccion, personalissimo, pues solo el que testaba, lo debia executar, quatenus dependebat ex mera, & absoluta eius voluntate, & arbitrio, *leg. 1. Cod. de sacrosant. Eccles.* sin que lo pudiesse cometer à otro, pues cometiendolo como captatoria voluntad, se reprobaba, *leg. captatoria leg. illa institutio , & ille autem institutione, ff. de hæred. instituend.*

84. Pero yà oy le es permitido, que no pudiendo testar pueda dàr poder para ello nombrando heredero, sin que esta se tenga por captatoria voluntad, quatenus expresse, & absolute no depende esta disposicion del Comissario, sino solo el facto, y acto, de la mas explicacion de vna vltima voluntad, que dixo Gomez in leg. 31. *taur. n. 2.*

85. Danle este permisso oy esta ley 31. *taur.* citada, y *la 5. tit. 4 lib. 5. Recop.* su concordante, para que el Commissario en fuerça de lo que se le comunica, puede en el testamento, que otorgare como tal, declarar, y disponer; como no sea instituir heredero, ex heredar, mejorar en tercio, y remaniente de quinto, dàr substituto vulgar, pupilar, ni exemplar â el mentecapto, ni dàrle Tutor; salvo, si el que le diò el poder expecialmente, se lo diò para hazer alguna cosa de las susodichas.

86. Con que si en el poder para testar se le concede al Commissario facultad para instituir heredero à el que en el poder se expressa, y hazer mejora, y aun vinculacion, no ay duda, de que el Commissario lo puede hazer, y si esta facultad le dà esta ley 31. de toro; esto mismo executò Don Miguel de Velasco Commissario de el Beneficiado D. Diego en virtud de el referido su poder, en que expressamente dicho Beneficiado dexò por su heredero al Mayorazgo de Doña Vrsula su Madre, y ordenò, se agregasse à èl todo el remaniente de sus bienes con los mismos cargos, vinculos, y llamamientos, y condiciones, con que en quanto à gregacion, que como Commissario hizo Don Miguel, no se puede dudar la pudo hazer, pues tuvo poder expecial para ello, como de dicho poder consta.

87. Lo

87 Lo que se dize por las otras partes, es, que este dexar el Beneficiado Don Diego en su poder, por heredero al Mayorazgo, y agregar à el remaniente de sus bienes, fue despues de otorgado el poder, que firmò, dexando en èl por herederos à Don Miguel, y sus Hijos, sin que firmasse, el otro si, en que hizo à continuacion de este poder la Vinculacion.

88. Se satisface, con que la executò en acto geminado, y à continuacion del dicho poder, que basta para su validacion.

89. Castill. *lib. 4. contr. cap.* 52. toca esta question, vtrum ex verbis geminatis, sive multiplicatis à testatore coligatur, eius mens, intentio, & voluntas atque vehementior, & plenior interpretatio, y resuelve al *num.* 23. con muchos que cita, y su comun opinion: *Commune placitum fuisse, quod geminatio, & inculcatio verborum, si fiat, ad declarandum mentem ita operatur, vnico contextu facta, sicuti fiat ex intervallo; quia vtroque casu pariter obstenditur enixa voluntas, & verba geminata, in eodem dispositionis actu, eademque scriptura, maximi ponderis esse, & multam operari,* citando à Deciano *conc.* 37. *n.* 92.

90. Y tan geminado fue el acto de dexar por heredero à el Mayorazgo, agregando à èl sus bienes, que sin apartarse el Escrivano, y testigos, continuò el Beneficiado su vltima disposicion, dexando al Vinculo por heredero, firmando esto vltimo los mismos testigos instrumentales del poder, y vno de ellos por el mismo testador, que por aversele agravado la enfermedad, no pudo firmar, y firmò asimismo el Escrivano publico, por ante quien otorgò el poder: estilo inconcuso, y practica inmemorial, sin cosa en contrario, que ay, y à avido en esta Ciudad, y otras partes en semejantes cassos, que han concurrido, no poniendose la menor duda, como nunca no se ha puesto en la validacion de estas semejantes disposiciones testamentarias, à continuacion de los testamentos, y poderes para testar; como asi plenisimamente se probò por esta parte, y lo depusieron los Escrivanos publicos de esta Ciudad, que à su pedimento se examinaron, cuya practica, estilo, y costumbre, no solo tiene fuerça de ley, y como tal, se debe observar, sino que prescrive la que pudiera en contrario, leg. 6. *tit.* 2. *part.* 1. & D. Vell. *discert.* 20. *n.* 21. & 34. & *discert.* 33. *n.* 44.

91. Mas

91. Mas claro, y terminante el texto, in lege *iubemus 29. Cod. de testament.* que expressamente dispone, el que inquacumque parte testamenti, se escriva el nombre del Heredero, y que si por la gravedad de la enfermedad del testador, no lo pudiere aver, que basta que los testigos instrumentales de el testamiento, digan le oyeron à el testador expressar el nombre del heredero, cuius verba sic se habent: *Iubemus testatorem, si vires habeat ad scribendum nomem hæredis inquacumque parte sui testamenti ponere; sin autem ex morbis acervitate hoc facere minime potuerit testibus testamenti præsent bus nomem hæredis ab eorum nuncupatitur, vel omnino fiant testes, qui sint scripti hæredes.*

92. Con la ley 2. *ff. deliber. & posthum; leg. nominatius de manum testam. & leg. certum, ff. si certum petatru*, resuelve tambien este punto *Escaño de testam. tom. 2. cap.* 18. *n.* 18. ibi: *Licet nominatio hæredis facienda per testatorem de forma videatur testamenti tamen modus per quem debet fieri expressio, non est de forma, & suficit quocumque modo hæredem nominare, dum tamen cercitudo de corpore ipsius constet*; con que si consta de esta vltima voluntad del testador en el poder para testar, que otorgò en el otro si, y à su continuacion, que el heredero, fue su voluntad lo fuesse el Mayorazgo, expressandolo asi en presencia de los testigos, y Escrivanos; esto basta para su validacion, aunque el mismo poder no lo huviesse expressado asi, pues basta que en qualquiera parte de su vltima disposicion lo expressasse.

93. Espino, *de testam.* 1. *part. glossæ rubricæ ex num.* 10. trae la question, vtrum quando dicatur testamentum fieri ex intervalo, vt non valeat, y la resuelve asi: *Verissime tenendum est, quod testamentum dicitur vnico contextu, & non ex intervallo fieri, quando vno, & eodem die nullo actu extraneo intermedio interposito, quod testatoris mentem alienet, & eius voluntatem pervertat, leg. hac consultissima Cod. de testament. & leg. à consultissima Cod. qui testam. facere possunt*: prosigue el Author haziendo tambien esta distincion (muy de el casso de el pleyto) *hoc intellige verum quoad probationem testamenti, hoc est, quanto à el otorgamiento; secus vero quantum ad contenta in testamento, quia quantum ad hoc, & quantum ad dispositionem ipsius bene recipit intervallum, & potest per plures dies incipi, & finiri nam quantum ad hoc, vt debeat vnusquisque de re sua pro libito voluntatis disponere, potest mutare, &*

ad lere

addere ad eius arbitrium, quod libuerit, & quando sibi visum fuerit; quantum ad probationem vero in vno die, & coram testibus fieri debet requisitis ad dispositionem vltimam testatoris: que mas expresso lugar para nuestro casso, y aun para otro mas rigoroso, pues en el de este pleyto, en acto geminado, sin intervalo de tiempo el Beneficiado Don Diego de Velasco, expressò su voluntad, dexando â el Mayorazgo, por heredero, de que fueron testigos, no solo los mismos instrumentales del poder, y Escrivano publico, sino tambien firmando vno de ellos, por no poderlo hazer por entonces el testador, por la gravedad de su enfermedad.

94. *Escaño de testam.* despues de aver resuelto en el *capitulo* 22. que quando no se duda de la Escriptura, ò testamento, ni de lo contenido en ella, sino de su perfeccion, que entonces bastan dos testigos, para la prueba de esta perfeccion. por que se trata de probar voluntad, no dispositiva sed declaratoria poniendo el simul al *num.* 5. del legatario, que pide el legado ò heredero la herencia ex testamento; que si el que la contradize, confiessa *testatorem voluisse*, niega, empero, *solemniter sic voluisse*, resuelve, que en tal casso contentio erit de solemnitate, non de voluntate, y que bastan dos testigos para probar esta solemnidad à la ley vbi numerus ff. de testibus; con que si en nuestro casso, no dos, si todos los mismos testigos del poder para testar, firmaron el otro si dèl, juntamente con el Escrivano publico, no ex temporis intervallo, sino en el mismo acto geminado, y continuado, no solo quo ad solemnitatem, sino tambien quo ad voluntatem; es visto quedò esta vltima del testador bastantemente probada, mayormente quando la otorgò, por ante Escrivano publico del numero de esta Ciudad, que dispone la ley 1. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.*

95. Passa el mismo *Escaño*, al capitulo siguiente 23. à estrecharse mas en este punto, y trae la question, de si el testador empezò à hazer testamento coram tabelione, y vn testigo, y nombrando heredero, de repente muriò, si valga esta su disposicion, resuelve, que en tal casso con el Escrivano, y testigo se prueba la perfeccion de la voluntad, y disposicion del testador, & vt testamentum nuncupativum possit substineri ex dispositione nostræ legis, si quis cum testamentum 25. ff. de testamentis, por que en tal casso tabellio testicum numero comparatur leg. Dionitius Labeo ff. de testam. y concluye la question

al

al *num. final.* con estas palabras: *Ex depositione notarij iuncta cum duorum testium depositione, etiam, si feminæ, cæci, aut Monachi sint, testamentum hic in casu probari posse, vt certissimum tamen ex his quæ capite antecedenti dicta sunt.* Con que si tiene el poder para testar que otorgò el Beneficiado Don Diego, y otro si del su continuacion, sin intervalo de tiempo expresso, y nombrò por Heredero à el Mayorazgo, y à Don Miguel su hermano, como su posseedor, y à los hijos de este; esto en presencia de los mismos testigos instrumentales, firmando este otro si, y vno de ellos por el mismo testador, y tambien el mismo Escrivano publico, parece no queda duda en estar probada su vltima voluntad, y lo que mas es, la perfeccion de su final disposicion.

96. Cierre este punto, y discurso el mismo Escaño *cap.9.* quien al *n.* 26. pregunta, quales sean las congeturas por donde se presuma perfecto el testamento; y distinguiendo entre el nuncupativo, è inscriptis y entre el nuncupativo con scriptura, ò sin ella, dize del nuncupativo con Escriptura al *n.* 29. que vna de las presumpciones, es, quando la Escriptura del testamento contiene la clausula, *actum coram me, & testibus*, que entonces se presume, *testatorem habuisse testamentum pro perfecto, & absoluto ex quo Tabellio apossuerit dictam clausulam*, y esta la hallamos en el poder para testar del Beneficiado Don Diego, y en el otro si, en que el Escrivano publico, diò fee averse puesto, y otorgado ante èl, y los tres testigos instrumentales, pone la 2. congetura *al n.* 30. y dize es, *quando signum Thabellionis appositum sit* in illò (id est testamento) y el otro si de nuestro pleyto, lo signò el mismo Escrivano publico, y firmaron todos los testigos instrumentales. La tercera congetura la expressa à el *n.* 35. *hæredis institutio*; tambien la hallamos en aver dexado por heredero à el Mayorazgo. Y la quarta *quando dispositio convenit cum voluntate, iam ab ipso testatore prolata*; y dà la razon, *quia ex verbis prolatis arguitur animus disponendi, & ex præcedentibus declarantur sequentia, leg. si fuerint. § final, ff. de reb. dub.* y si la disposicion del Beneficiado Don Diego, fue querer por heredero à el Mayorazgo, y que la memoria, y este su vltimo querer se tuviesse por vna misma cosa, por que assi era su voluntad: *Eius dispositio convenit cum voluntate*, y no como quiera: *Iam ab eo prelata*, pues esto mismo antes del poder para testar (*ex precedentibus*)

bus) ſe lo avia manifeſtado â Don Miguel ſu hermano, pues eſte en el teſtamento que otorgò como ſu Commiſſario declarò en èl, averle comunicado, vendieſſe èl, y no otro la Hazienda del Palmar, para con ſu precio hazer otro Molino, y Almazen en el Heredamiento de Fuertes, y de no venderla, quedaſſen ambas agregadas à el Mayorazgo, y no ſolo eſto, ſino que en la probança que eſta parte hizo en eſta inſtancia deponen algunos de ſus teſtigos averle oìdo dezir al Beneficiado, comprò la Hazienda del Palmar para agregarla à el Mayorazgo de ſu Abuela; y aſsi no ay duda eſtàr probada plene, & perfecte la voluntad, y diſpoſicion vltima del Beneficiado, *quia ex verbis prolatis arguitur animus diſponendi, & exprecedentibus declarantur ſequentia.*

97. Si bien era demàs aver tocado eſte punto teniendo como tienen las otras partes confeſſado en el pleyto por peticion de ſu Abogado, ſea eſtilo de que hechos los teſtamentos, pueden los teſtadores añadir lo que les pareciere, firmandolo los miſmos teſtigos, y Eſcrivano publico, aunque el miſmo teſtador, no lo firme por la gravedad de ſu enfermedad, (que es lo que à mayor abundamiento tiene probado eſta parte, con Eſcrivanos publicos de Sevilla) cuya confeſsion en libelo obra el miſmo efecto, que ſi la hiziera la miſma parte cum leg. 2. *Cod. de inſtit. & ſubſtit. Gomez tom.* 3. *var.* cap. 12. num. 4.

98. Reconociendo eſta verdad las otras partes paſſan â dezir que toda la vez, que lo que diſpuſo el Beneficiado Don Diego en lo añadido, y otro ſi del poder, fue remitiendoſe à la memoria Eſcripta de ſu mano que dixo paraba entre ſus papeles, no pareciendo, como nò ha parecido eſta, inſtrumento relato, no ſe debe eſtàr à lo añadido, y otro ſi del poder inſtrumento referente; que es la principaliſsima, y vnica defenſa en que fundan la nulidad de la agregacion à el Vinculo.

99. Y ſi en el pleyto, ſe ha ſatisfecho por eſta parte con alegaciones; en eſte papel ſe harà mas con ſolidos fundamentos de Derecho.

100. Verdad es, y aun principio general legal, no probar el inſtrumento referente, no conſtando de el Relato *Auth. ſi quis in aliquo Cod. de ædendo*, y Pareja de *Univerſ. inſtrum. ædit.*

ædit. tit. 7. resolut. 9. n. 12. aunque el instrumento relato se incerte en el referente, que dixo el señor Salgado de *retent. Bull. 2. part. cap. 26. n.* 59. y aunque el Escrivano, ò Notario afirme, se vidisse instrumentum relatum, vel quod ante eum fuit confectũ, que advirtiò Surd. *Deff* 231. *n.* 3. pero aviendo el Beneficiado Don Diego dispuesto, y ordenado, que la institucion de herencia que hazia, era à el Mayorazgo, y con sus mismos Vinculos, gravamenes, condiciones, y prohibiciones de enagenacion, y expresso ser esto lo que contenia la memoria, y que ella, y esta su vltima disposicion, queria, y era su voluntad fuesse vna misma cosa; esta clausula no fue relativa, sino dispositiva, y aunque no aya parecido la memoria, subsiste; y es valida esta (como suprema) su vltima disposicion.

101. Noguerol allegat 23. *n.* 46. hablando de las clausulas relativas, dize, *quando est specialis determinatio inclausula perfecta vbi fit ad aliam relatio, nihil relatio operatur*; Y si el poder, y otro si, està perfecto, como tambien la voluntad del testador vt est probatum, conteniendo esta clausula perfecta, como contuvo expecial determinacion en la Institucion de Heredero el Mayorazgo. *Nihil ad memoriam relatio operatur.*

102. Mas claro Canz. *Var. resolut.* 3. *part. cap.* 3. *n.* 218. ibi: *Cum in instrumento fit mentio de alio instrumento non est necesse, vt de primo constet, quando secundum disponit, & potest per se principaliter disponere*: passa al *n.* 219. *Princeps, vel Papa concedens privilegium referendo se ad aliud privilegium, dicendo, sicut, vel prout vel secundum quod iam tibi per aliud privilegium concessum fuit, & sic vtentdo relatione ad aliud privilegium, quod valet illa concessio, etiam si relatum non apareat; quia illa verba posita indispositivis non stant conditionaliter sed causative, seu demonstrative*; y citando vna decision de la Rota, que es la 27. y à Decio Cons. 152. dize tambien; *In privilegijs quæ pendent à mera, & libera Principis voluntate, licet non producat privilegium ad quod fuit habita ratio, probatur illud, quod in privliegio continetur.*

103. Prosigue este Autor al *n.* 232. con estas palabras, que por ser terminantes de nuestro casso, se ponen aqui à la letra: *Quando in referente adest certitudo dispositi si apareat relatum, & aliud in eo contineatur si non apareat relatum, stabitur referenti.* Y si en el otro si del Codicilo del Beneficiado Don Diego *ad est*

certi-

certitudo dispositi (vt iam stat probatum) no pareciendo, como no pareciò la memoria, se debe estàr à el otro si del poder como instrumento dispositivo; *si non apareat relatum stabitur referenti.*

104. Rodrig. Suar. ad *leg. post rem judicatam indeclaratione legis Regni, vers. visum est supra quæst.* 1. *n.* 5. repite esta verdad de que quando el instrumento referente, dispone principalmente, no se necessita para su execucion del relato, y la afiança con dos puntualissimos textos terminantes.

105. Sea el primero la ley *si Donatio* 5. *Cod de Donat.* cuius est species testadora que en su testamento confirma vna Donacion, que avia hecho en vna charta, ò Escriptura privada no constò de esta privada Escriptura, y dudandose, si valia la Donacion, faltando el instrumento relato; decide el Emperador: *Si Donatio per Epistolam facta non apareat, verba tamen testamenti quibus liberalitas textatricis confirmata est fidei commissum continere, non ambiguitur*; què mas expresso texto para el intento, y casso de nuestro pleyto?

106. Sea assimismo el otro, la ley *ex hac scriptura ff. de Donat.* testador, que en su testamento dixo: sepan mis herederos, que he hecho en vida donacion de ciertas cosas que dexo à el tiempo de mi muerte, à Titio, y à Cayo; y sin mas instrumento relato de donacion, decide el Consulto Vlpiano, *dominium ad Titium, & Caium, vel libertos benigna interpretatione pertinere*: y exponiendo este texto Barthol. al *n.* 1. dà la razon de su decision, y es que quando el instrumento referente, dispone principalmente, prueba sin el relato, y si el Beneficiado Don Diego expressò su voluntad, y quiso que la memoria, y aquella su vltima disposicion, fuessen vna misma cosa; aunque la memoria no aya parecido: *Stabitur tamquam dispositivo instrumento referenti.*

107. Y aun en lo executivo tiene lugar esta legal disposicion, pues aunque el instrumento referente no trae aparejada execucion, no presentando el relato; sin embargo, la trae quando este referente principalmente dispone: Parlad. *lib.* 2. *rer. cotid. cap. fin.* §. 12. *limit.* 3. *n.* 24. *y Gomez Bayo prax. Ecclesiast.* 3. *part. lib.* 2. *quæst.* 44. *n.* 4.

108. Toca tambien en terminos esta misma question, el

el señor Castillo *lib. 4. contr. cap.* 43. de testamento en que el testador se remite à otro testamento, Escriptura, ò Cedula, que entrando con la generalidad, de que no presentado el instrumento relato, en que està la institucion de Heredero, no prueba el testamento, como instrumento referente por que en este testamento, no oyen los testigos el nombre del Heredero, requisito essencial de las leyes, quod per manus 10. de iur. Codic. & leg. quem hæredi, ff. de reb. dub. si bien yà oy por la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. vale el testamento aunque en èl no aya Heredero; limita esta Regla general el señor Castillo al *n.* 30. y dize que quando, *dispositio præsens certa est, & determinata, ita vt, per se subsistere possit; atque ex ea apareat de voluntate loquentis, aut, disponentis; hoc quidem cassu, statur dispositioni certæ, & determinatæ, quamvis de relato non apareat & sic relatio non facit conditionem*; cita à muchos que afirman, sin controversia lo mismo, y entre ellos à Pareg. de fidei comiss. art. 16. n. 111. Alvarad. de coniectur. ment. defunct. lib. 4. cap. 2. n. 29. y à Simon de Pretis de interpræst. vltim. volunt. lib. 2. resolut. 2. n. 240. quien dize, que quando la Escriptura relata non aparet: *Si testamentum referens aut relatio, orationem perfectam habet, & bene potest percipi quid censerit testator in eo quod potest disponere; testamentum ipsum referens servandum est, & non vitiatum id quod certum est propter id quod non aparet, & quod satis est de potestate, & mente disponentis*, & de ipsa dispositione referente, licet non apareat de relato, id que maxime quando indispositione referente aparet explicite de voluntate disponentis, & de ea habetur certitudo.

109. Y aun es mas lo que refiere à el *num.* 34. en este lugar el señor Castillo; *Vbi in referente expressus, est tenor relati creditur referenti, non constito de relato, si sumus in his quæ pendent à sola voluntate disponentis*; y si el Beneficiado Don Diego en su poder, y otro si, expressò el tenor de la memoria, y dixo que lo contenido en ella, era lo que dexaba dispuesto en su poder, y se huviesse por vna misma cosa, *creditur referenti* (id est à el otro del poder) *non constito de relato*, (hoc est la memoria que citò) maxime, hallandonos en terminos de vltima disposicion testamentaria: *In his quæ pendent vt à sola voluntate disponentis*, y poder para textar en que intervino como en el otro si dèl, el Escrivano,

no, y teſtigos que deben intervenir en el teſtamento â la ley 39. de toro, y ſu concordante la 3. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.*

110. Empeñaſſe mas el ſeñor Caſtillo al *num.* 40. à controvertir, ſi conſta del Inſtrumento relato, y eſte es contrario à el referente, quid juris. Reſuelve la queſtion Simon de Prætis lib. 2. reſolut. 2. que la refiere el ſeñor Caſtillo diſtinguiendo de eſta ſuerte: *Si del relato conſtat de errore in corpore, vel nomine apelativo rei diſpoſitæ, vitiatur referens; ſi autem verſatur error in nomine proprio rei verſantis in diſpoſitione, valet ipſa diſpoſitio referens pro re de qua cenſeret vere teſtator*: aora el ſeñor Caſtillo: *Licet regulariter referens reſtringi debeat ad terminos relati, & per errorem aliter præſumatur relatio facta non tamen excludit quem ſi conſtet, diſponentem voluiſſe alio modo diſponere quam in relato ad quod ſe refert, id ſervari debeat*, como tambien dixo Eſcaño *de teſtam. cap.* 17. *n.* 15. *verbum volo in vltimis voluntatibus in ducere diſpoſitionem ſecure tenendum eſt*; con que ſi aun la memoria pareciendo, y conteniendo lo contrario, diſponiendo el Beneficiado Don Diego que lo de la memoria, era lo que ſe contenia en lo que diſponia en el poder, y quiſo que lo de la memoria, y eſto vltimamente fueſſe vna miſma coſa, porque aſsi era ſu voluntad, *id ſervari debebat*; con quanta mas razon, no conteniendo la memoria lo contrario del poder, que aunque aquella, no ha parecido, baſta lo diſpueſto en el poder, como inſtrumento diſpoſitivo para ſu validacion como queda fundado.

111. Y ſi el no parecer la memoria, y ſu amiſsion, y perdida, ſe prueba con teſtigos, *leg. bonorum Cod. de bonor. pos ſecundum thabull. leg. teſtium Cod. de teſtib. & cap. olim de privileg.* y baſtan ſean dos los teſtigos, *gloſſ. in dict. leg. teſtium Cod. de teſtib.* Maſcard. *de probat concluſ.* 908. *n.* 2. *lib.* 2. & Valaſco *de jur. emphi. quæſt.* 7. *n.* 38. *verſ. & ex predictis*: y dos teſtigos de hecho proprio de aver buſcado la memoria entre los papeles, tantos que ſe inventariaron, y no aver parecidolo, depuſo, y declarò en el teſtamento que otorgò Don Miguel como Commiſſario de Don Diego ſu hermano, y lo teſtificò aſsi, el miſmo Eſcrivano publico, por ante quien ſe otorgò el teſtamento, à continuacion del como queda ſentado al *num.* 8. de eſte papel.

112. Paſſan à otro medio las otras partes, y es que vno de

de los testigos del poder, y otro si fue Don Luis de Quevedo Legatario en cantidad de 200. pesos, y el mismo que firmò el otro si del poder, por el testador por no poder este firmarlo, mediante la gravedad de su enfermedad, y à esto està satisfecho en el pleyto, que en el poder para testar, ni otro si del que fue el que firmò, no se le hizo legado alguno, sino en el testamento, que despues en virtud del poder para textar otorgò Don Miguel de Velasco, por dezir en èl, assi se lo avia comunicado Don Diego su hermano, y en este testamento en que se le dexa el Legado, no fue testigo, sino solo en el poder para testar, en que no se le hizo, y assi cessa el reparo que se le opone.

113. Pero aun dado casso, que fuesse tambien testigo en el testamento en que se le dexò el Legado; veamos si aun en este casso podia ser testigo Don Luis de Quevedo, y resuelvelo Escaño, *de testam. cap.* 24. aun en terminos mas estrechos, como lo es testamento coram tabellione, & alio vnico teste; y que este sea Legatario; que aunque regular, y generalmente por el interesse que tiene, no lo pueda ser en los demàs testamentos, leg. nullus ff. de testib. & leg. 1. §. in propria ff. quando apellandum sit; sin embargo resuelve, puede ser testigo fundado en la ley, *qui testamento* 20 *ff. de testam. leg. dictantibus Cod. eodem, & leg.* 11. *tit.* 1. *part.* 6. assi lo determina en controversia, entre el Heredero escripto, y consanguineo sobre nulidad de testamento, que aunque refiero opinion contraria, concluye con la suya al *num.* 20. *fin.* de esta forma, *Sed siduo sint testes, & notarius tunc decissionem dictæ legis siquis cum testamentum* 25. *ff. de testament, defenderem in cassu proposito, etiam si alter ex testibus Legatarius sit, qui testantis voluntas duobus testibus probatur, quando supletur solemnitas*; si en este otro si del poder para testar, sin el dicho Don Luis de Quevedo intervinieron otros dos testigos, que firmaron juntamente con el Escrivano publico, y si en este otro si, no se le dexa legado à Don Luis de Quevedo, sino en el testamento que hizo Don Miguel como tal Commissario; con quanta mas razon quedarà desvanecido el reparo que à este Don Luis de Quevedo testigo en instrumento en que no tuvo interes se le opone.

114. Tienen tambien alegado en el pleyto las otras

partes

partes, que en duda no se presumen de Mayorazgo los bienes, sino libres, assi lo dà por sentado con la ley Alius Cod. de servit. D. Molin. de primog. lib. 2. cap. 6. n. 8. & D. Valenc. conc. 178. pero esto es, quando no consta de la Vinculacion, y Mayorazgo.

115. La ley 41. *taur.* ordena se pruebe el Mayorazgo por la Escriptura de su institucion, ò por testigos que digan averla visto, y averse perdido, ò por costumbre de aver posseìdo los passados los bienes, como de Mayorazgo por tiempo de 40. años, y de publico, y oìdas à sus Mayores.

116. Por todos tres medios està probada la Vinculacion, y agregacion que à el Mayorazgo de Doña Vrsula de Salazar hizo de las dos Heredades Don Diego, y Don Miguel su hermano, y Commissario. Con la Escriptura del poder para testar, y testamento en su virtud hecho, con testigos de aver visto estos dos instrumentos, como son los que en ellos intervinieron, y firmaron, y el Escrivano, y Don Miguel que testificaron no aver hallado la memoria (que sin que aya parecido, el poder, y testamento instrumentos disponentes, prueban la Vinculacion como queda fundado,) y por costumbre pues, desde la muerte del Beneficiado Don Diego, como Vinculadas y agregadas al Mayorazgo las dos Heredades de Fuertes, y el Palmar, las posseyò Don Miguel de Velasco, como lo tiene esta parte probado, y consta de los Autos, y las possee esta parte, como hijo mayor de Don Miguel en virtud de la executoria de V. S.

117. *Mieres de maioratu* 4. *part quæst.* 20. tocando esta question, y la citada ley 41. de Toro; limitandola al num. 335. dize assi: *Illa lex procedit vbicumque quis vult probare aliqua bona esse maioratus licet non exacta, non erit necessaria præscriptio immemorialis, modo probantur alia quæ in dicta leg. continentur*, afiançando esta su limitacion con la ley instrumenta Cod. de probat. ò con otros muchos fundamentos, y Authores que trae à los numeros siguientes; y en el casso de nuestro pleyto, no solo testigos de la possession, sino los mismos primordiales instrumentos de la fundacion se hallan. Y prosiguiendo al numero 366. añade *quod licet invalidus cum præscriptione quadraginta annorum, quod fundatur ex cap.* 1. *de præscript. in* 6. *&* *per expressam legem* 1. *tit* 10.
lib.

lib. 5. Recop. Y si la præscripcion à ha de ser de 40. años se entiende en Mayorazgos mucho antes fundados, y en el que por el poder hizo Don Diego en el de 681. y Don Miguel su hermano en el testamento por el de 82 que à 35. años, desde entonces, y no con titulo in valido, sino legitimo, se han posseìdo, y tenido las dos Heredades, como Vinculadas, y agregadas a el Mayorazgo.

118. Probada esta Vinculacion, y agregacion de las dos Heredades, como herederos en bienes libres de su Padre, no las pueden pretender las otras partes, fundados en que Don Diego el Beneficiado nombrò por herederos à Don Miguel su hermano, y à sus Hijos, por que esto fue como posseedor que Don Miguel era del Mayorazgo de Doña Vrsula su Madre, y en esta disposicion que hizo Don Diego prohibiendo la enagenacion de su bienes, non omnes simul, sed gradatim, & ordine succesivo, se admiten los llamados, como con la ley *Peto §. fratrè, ff. de legat. 2. & leg. cum ita legatur §. in fideicomisso, ff. eodem,* lo resuelven en los *fideicomissos Garc. de Benefic. 7. part. cap. 5. & Gomez in leg. 40. taur. n. 4. & 62.* y en los Mayorazgos *D. Molin. de primog. lib. 1. cap. 3. n. 6. cap. 5. n. 23. cap. 6. n. 4. & latissimè cap. 11. per totam.*

PVNTO SEGVNDO.

113. FVe del Beneficiado Don Diego la Heredad del Palmar, y como suya, en que tuvo Dominio, la pudo Vincular, y agregar à el Mayorazgo; y no se duda, ni pudiera, por las otras partes fuesse la Heredad de Fuertes del Beneficiado Don Diego de Velasco, pues en las particiones que se hizieron por muerte del Capitan Don Diego de Velasco, y Mendieta su Padre, expressandose en ellas aver hecho Donacion en vida de esta Heredad al Beneficiado Don Diego, el Capitan Don Diego de Velasco su Padre, previniendo en la Donacion, la traxesse à colacion, y particion; y que en la hijuela que se le formò de lo que huvo de aver por quenta de su legitima, se le adjudicaron los reales, que avia de conferir por dicha Heredad, quedando como quedò esta parte del susodicho, passan à dezir, no le quedò la otra del Palmar, porq̃

lo

lo fue de Don Miguel de Velasco, y que assi como bienes libres de este, toca, y pertenece â todos sus Hijos legitimos, y herederos; sin que la pudiesse Vincular dicho Beneficiado.

120. Es obligacion del que procura reivindicar la alhaja es probar el dominio, ò quasi Dominio de ella, *leg. in rem ff. de reivend.* Y tambien, el que tuvieron aquellos de quienes tienen causa, *leg. cum res Cod. de probat*, y la identidad de ella, *leg. forma censuali, ff. de censibus. leg. sive posit detis Cod. de probat.* y su corcordante *la 10. tit. 14. part. 3.* ibi: *Casa, ò Viña demandando en juyzio vn ome, à otro diziendo, que era suya, si el demandado niega, el mandador pueda probar que era suya, ò de su Padre, ò de su Abuelo, ò de aquel cuyo heredero es, esto porque sospechan los Sabios antiguos que todo ome, que en alguna sazon fue señor de la cosa, que lo es fasta que sea probado lo contrario.*

121. Y como se pruebe este Dominio determinalo la *ley proprietatis Cod. de probat. leg. inditia. Cod. de reivend. cap. cum causam de probat. D. Castill. lib. 6. contr. cap. 125. ex num. 7. D. Vella discert. 47. num. 31. & pareja de Vnivers. instrum. æddit. tit. 7. resolut. 9. n. 61.* que es por instrumentos enunciativos antiguos, por libros inmmemoriales antiguos, vel per alias escripturas seu probationum species.

122. Esto supuesto, veamos primero, con que prueban las otras partes el que la Heredad del Palmar fue de Don Miguel su Padre, antes de fundar el Dominio, que en ella, y al tiempo de su muerte tuvo el Beneficiado Don Diego.

123. El primero medio con que quisieron las otras partes probar el que esta Heredad del Palmar, no fue de Don Diego, y si de Don Miguel es, que en el poder para testar, que este diò, y testamento, què en su virtud hizo, como su Commissario, otorgò esta parte su hijo mayor, declarò ser la Heredad de Fuertes, vinculada por la agregacion à el Mayorazgo, sin hazer mencion de la del Palmar, como si la expression de lo vno fuesse de lo otro exclusion.

124. *Cassu expresso, casus alij non censentur exclusi, sino magis inclusi, si æadem fuerit ratio*, que con ley non possum de legib. afirmò Pedro Barbosa, *in leg. cum Prætor 12. ff de judic. n. 51. & 52.* el señor Molin. *de primog. lib. 3. cap. 5. n. 35.* pues aunque por el axioma de derecho exceptio firmat regulam in

in contrarium in casibus non exceptis, esto se entiende nisi alius sit cassus ab eadem regula alibi exceptus, por que quo ad consimilem cassum exceptio non firmat regulam incontrarium como dize Azevedo, *in leg. 1. tit. 1. lib. 6. Recop. ex n. 65.* y tambien D. Salgad. *de retent. 1. part. cap. 9. ex n. 14. & 2. part. cap. 51. n. 28.* ibi: *quando plures habent eandem rationem quamvis de vno dum taxat lex loquatur in eaque tantum fiat mentio videtur fieri exemplariter, non restrictive ita vt cæteros etiam includat sub ratione compræhensos, non per extentionem legis, sed por compræhentionem, & inclutionem*; y al *n.* 38. de esta 2. part. con *Menoch. 3. part. præsumpt. 90. n. 7. &* 8. neque per expretionem vnius ex casibus æquiparatis, & similiter, & similibus in jure censetur exclusus alius æandem rationem habens.

125. El Beneficiado Don Diego comunicò à Don Miguel su hermano que de no vender la Heredad del Palmar para con su precio hazer otro Almazen, y Molino à la otra de Fuertes, quedassen ambas à el Mayorazgo agregadas, y esto mismo executò Don Miguel, en el testamento que otorgò como tal Commissario de su hermano, si como vinculadas las inventario, y diò en la quenta de Albazeasgo, que se le tomò, y aprobò, si como tales las posseyò, hasta el dia de su muerte, y aora esta parte en fuerça de vna executoria, que mas con similitud, para que la expresion de Vinculada la Heredad de Fuertes, no sea exclusion de la del Palmar: imo potius de esta en la otra inclusion. El segundo que Don Miguel no tomò possession judicial de estas Heredades, como agregadas à el Mayorazgo de Doña Ursula que gozaba.

126. Pero à esto satisface lo primero, con que de no tomar el sucessor possesion actual, y Real, de los bienes del Mayorazgo, no por esso dexara de ser tal sucessor, pues el interdicto à dispiscende, que vocatur quorum bonorum que à el heredero le dàn, *la ley 1. & per totum ff. & Cod. quorum bonorum*, para que tome la possesiou actual, y Real, mira à su favor, pues antes tenia lo civil, y natural, que sin acto alguno de aprehension, transfiriò la ley *fin. Cod. de ædict. Divi Adriani Tolendo, & leg. 3. tit. 13. lib. 4. Recop.*

127. Determinalo asi en los Mayarazgos, la ley 41. de Toro, ibi: *Muerto el tenedor del Mayorazgo, luego sin otro acto*

el

de aprehencion de possession se traspasse la possession civil, y natural en el siguiente en grado que segun la disposicion del Mayorazgo debiere succeder en el.

128. Lo segundo, que siendo como era Don Miguel, posseedor actual, y el primero del Mayorazgo que fundò Doña Ursula su madre, a que se agregaron las referidas dos Heredades; le bastò la possession judicial que tenia, de los bienes del Mayorazgo, que era el todo, y lo principal, para que sin otro acto de aprehencion (, la tuviesse tambien de las Heredades agregadas como parte.

129 *Gomez in leg.* 45. *Taur. al n.* 38. toca la quæstion vtrum tomada la possession de vn fundo, con animo, y voluntad de tomarla de los otros, baste para que de los otros fundos se tenga por adquirida la possession, y la resuelve, que los otros fundos, son eiusdem naturæ, & qualitatis, como muchos fundos rusticos de arada, y siembra, *per ingressum vnius vel partis eius acquiruntur cæteri etiam si inter se divisi sint per limites*, y si son dos las Heredades, y en vn mismo termino de Alcalà de Guadayra, y por la agregacion vnidas à el Mayorazgo, y todos bienes del Mayorazgo, el ingresso, aprehencion, y possession judicial que de los bienes del Mayorazgo, (vt corpus) tomò Don Miguel le bastò para que se entienda tomada de las dos Heredades (como partes) per ingressum vnius, vel partis eius acquirantur cæteri.

130. Aun mas claro el mismo Gomez *al num.* 40. pregunta, si vno quiere tomar possession de ciertos bienes, y estos se hallen in vna, domo vel res vtrum tomando la possession rei, vel domus, se entienda tomada de los bienes, que estaban in domo vel re, resuelve que sì, y dà la razon, *quia qui possidet continens videtur possidere contentum*, y la acredita con el texto terminante de la ley, *clavibus*, *ff. de contrah. empt.* en donde el Consulto decide, que tomada la possession de las llaves, *sub quarum custodia sunt merces, vel aliquæ res statim quæritur possessio earum*; luego si del Mayorazgo de Doña Vrsula, tenia tomada possession Don Miguel (vt continens, & clavis) es visto, las tuvo de las Heredades, bienes yà de dicho Mayorazgo, por la agregacion, *vt contentum, & sub quarum custodia sunt merces, vel aliquæ res.*

142. Y

131. Y lo tercero, lo que afirma idem Gomez in dicta leg. 45. Taur. num. 154. hablando de la aceptacion de la Herencia, que no es necessario, sea esta expressa en el Heredero, sino la inmistion en qualquiera de los bienes de ella, para dezir eo ipso quod intentet (habla del heredero) petitionem hæreditatis, & petat bona defunti videtur addire, y dà la razon, que es la de ley pro hæred. & leg. gerit ff. de acquirend. hæred. quia hæreditatis additio consistit in animo, y el intentar despues de adida la herencia este interdicto, adispicende, como dize el Autor en este mismo lugar, no es porque de no intentarlo dexe de ser heredero, sino solo, *vt declaretur, quod est talis hæres, & successor, & in consequæntiam fiat sibi restitutio rei, vel rerum existentium penes alium, à la ley licet minimam, ff. depet. hæred.*

132. Si Don Diego de Velasco, en el Inventario que hizo de los bienes del Beneficiado su hermano, puso las dos Heredades, y como su Albazea, se constituyò tenedor, y posseedor de ellos, si en la quenta de Albazeasgo que se le tomò, y aprobò, las diò por del Mayorazgo, en fuerça de la agregacion, que de ellas avia hecho en el testamento que otorgò como Commissario de su hermano, y lo que mas es, si era por entonces posseedor del Mayorazgo, y lo posseyò como tambien las Heredades à èl agregadas, hasta el dia de su muerte, que mas possession quando esta, que yâ tenia tomada (como Albazea, y tenedor de bienes) solo mira, *vt declaretur quod est talis hæres, & successor.*

133. Y el tercero medio, en que fundan su defensa es en los papeles simples, sin firmas, que vàn relacionadas en este papel desde el num. 18. hasta el 26. que por no ser molesto, no repito vno de ellos, que està à el fol. 73. de los Autos, sin firma, que dize: debe Miguel por la Hazienda del Palmar, 3932. pesos, y 7. reales, y prosigue con otras deudas, y gastos de boda de Don Miguel, y otra memoria al fol. 74. de los Autos, debitos en que se dize pagò; de estos papeles aunque de ellos se hizo cotejo, y comparacion de letras, no prueban fuesse la Heredad de Don Miguel.

134. Verdad es, que en el cotejo dixeron los Maestros de primeras letras, y Thomàs de Agredano Escrivano publico, como se expressa al num. 62. de este papel, que los

papeles à los fol. 70. 71. 74. y 75. presẽtados en los Autos, erã parecida la letra, à la de otros que estan en los del cumplimiento de la disposicion del Beneficiado, pero tambien dixeron, que el papel del fol. 78. los tres primeros renglones estaban executados con violencia, y que los renglones, y numeros, que en dicho papel prosiguen, eran de distinta mano, y letra.

135. Y ademâs de esta variedad, en la comparacion; aun quando no la huviera, ay duda, si sea semiplena probança, este querer persuadir con los papeles, à que Don Miguel de Velasco pagò el precio de esta Heredad de el Palmar con el texto *in §. si vero tale quid in auth. de instrum. cautela, & fide*, y la ley *comparatione Cod. de fid. instrum.* trae ex professo esta quæstion Menoch. *de arbitr. lib. 2. casu* 214. sobre que fee se le dè à la comparacion de letras, y que prueba haga, trae varias distinciones, de Escriptura privada con testigos, que reconocieron sus firmas, y sin ellos diziendo los peritos, que no sea parecida à la del que la escriviò, vel econtra; pero en el casso de nuestro pleyto, de papeles simples, sin testigos, que la comparacion de letras con ellos no sea, ni aun semiplena probança lo afirma al num. 22. ibi: *Cum in apocha agitur de comparatione literarum ex textium testimonio, vt puta producitur scriptura quæ dicitur à Cayo scripta; & testes plures, qui precentes non fuerunt cum scriberetur; examnantur, & deponunt, illam esse scripturam manu Caij scriptam, cuius manum notam habent; hoc in cassu comparatio illa nichil probat, y dà la razon, quia facile possunt similitudinem manus falli*, citando de esta misma opinion à muchos, que dize, dizen *probationem per comparationem esse periculosam*, à quien siguiò el señor Presidente Covarrubias pract. quæst. cap. 22. *n.* 7. & 8. y Barbos. *voto* 126. *num.* 313.

316. Es el quarto medio de su fundamento, la probança que dizen aver hecho, como se advierte al numero 60. de este papel, de que aviendo preguntado à Don Miguel en el accidente que le diò para morir, el Padre Maestro Fray Joseph de Haro, le dixesse, si era Vinculada la Heredad del Palmar, respondiò el enfermo, *moviendo la cabeza de vn lado à otro*, que no, repitiendo esta pregunta tres vezes, dando en dicha forma la misma respuesta, assi lo articularon en el Interrogatorio; pero lo que en esto dixeron sus testigos, vno de ellos el Padre Fray

Juan

Juan de San Mathias, como ſe advierte al num. 61. de eſte papel, es de oìdas à el Maeſtro Haro, con la circunſtancia, de que haziendole à el Enfermo la referida pregunta, dize reſpondiò, *inclinando la cabeza*, y lo miſmo Gregorio Ruiz de Eſtepa, otro de los teſtigos, y que eſto miſmo repitiò en otras preguntas que ſobre lo miſmo le hizieron.

137. Pero eſto ſe convence, con que articularon, que à eſta pregunta reſpondiò el enfermo: *moviendo la cabeza de vn lado à otro*, no ſolo en eſta primera pregunta, pero en las otras tres vezes en que ſe dize, ſe repitiò, y los teſtigos dixeron, que *inclinando la cabeza*, reſpondiò hallandoſe preſente el Eſcrivano publico, y ademàs de que eſte Eſcrivano publico, por hallarlo privado de ſentido, ſe bolviò, como lo depuſo; y que ſi vna vez ſe le hizo la pregunta, era demàs ſe le repitieſſe; el inclinar la cabeza, (aun quando tuvieſſe probado) pudo demonſtrar à la pregunta que ſe le hizo era libre, ò Vinculada la Heredad, contrario eſte inclinar la cabeza à moverla de vn lado à otro como ſe articulò.

138. Llegaſſe à eſto, lo que eſta parte articulò, y probò, que del accidente, que le diò à Don Miguel ſu Padre, de que muriò, ſe privò del habla, y ſentido, ſin aver buelto en ſu razon, como lo depuſieron el Doct. Don Pedro Calero, y Don Andres Maſtrucio, Medicos que le aſsiſtieron, como ſe relaciona à los n. 66. y 67. de eſte papel, y tambien el miſmo Eſcrivano publico, y ſi como dize Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 2. tit. 7. n.* 17. no ſe cree, ni aun al Notario, à teſtanti de ſanamente defuncti, *quia ſanitas mentis, non percipitur viſu vel auditu, ſed judicio rationis*; como ſe podrà creer à teſtigos varios de inclinar la cabeza el Enfermo, articulando, la moviò de vn lado à otro, eſtando como ſiempre eſtuvo privado de razon, y ſentido en el accidente, que le diò, y de que muriò.

139. Pero aun dado caſſo (aunque no concedido) huvieſſe prueba de aver reſpondido ſer libre la Heredad, no le aprovechaba à las otras partes, toda la vez, que la confeſsò Vinculada Don Miguel en el teſtamento que otorgò como Commiſſario de ſu hermano, en el Inventario que hizo, y en las quentas de Albazeaſgo que diò.

140. Gutierres *lib. 3. pract. quæſt.* 96. queſtionando,

ſi

si el testador podrà revocar la Confession de la deuda que hizo en el testamento, assi la resuelve al *num.* 4. *Si pars in cuius favorem confessus est sit presens, & consentiens vel etiam postea ante revocationem aceptaverit, tunc etiam prædicta confessio pre iudicat testatori, adeo vt postea revocari non possit,* y si al poder para testar se hallò presente Don Miguel, si en el testamanto, que otorgò, diò por Vinculada la Heredad, y lo mismo en las quentas de Albazeasgo, y como tal la posseyô consentiens, & aceptans Vinculationem, & testatoris confessionem, ni aun el mismo testador la podia, no digo revocar, pero ni aun despues declarar, no ser Vinculada la Heredad del Palmar.

141. El quinto de su defensa es, que desde el año de 73. hasta el de 79. pagô Don Miguel, como Parroquiano de S. Miguel, los Diezmos de vino, y vba de la Hazienda del Palmar à los Arrendadores de dicha Collacion, en donde por entonces, no era Parroquiano el Beneficiado su hermano, infiriendo de esto, que siendo, como son los Diezmos personales de no ser la Heredad suya no los pagara, como los pagò à los Arrendadores de dicha Collacion.

142. A que se satisface con la probança hecha por esta parte, de que hallandose con cortedad de medios, y con muchos hijos, y familia Don Miguel, y con sobrado caudal, y rentas Ecclesiasticas el Beneficiado su hermano, y con la otra mas principal Heredad de Fuertes, le hizo gracia verbal, y extrajucial del goze de los frutos de esta del Palmar por el tiempo de su voluntad, à Don Miguel su Hermano, con el cargo de que la beneficiasse del producto de sus frutos, y pagasse al Capatàz, operarios, y diezmos, assi lo dixeron de oìdas al mismo Don Miguel, Don Francisco Cortèz, añadiendo, que esta Heredad la tuvo siempre por de Don Diego, y que tenia la otra de Fuertes, tambien para agregarla al Mayorazgo El Padre Fray Juan de la Anunciacion de oìdas varias vezes en las Casas de la dicha Doña Vrsula. Fray Joseph de la Assumpcion de oìdas en muchas ocasiones à los Religiosos de su Convento Don Pedro Suarez de Saavedra de oìdas à Don Miguel. Don Andrès Rodriguez Galan, de cierta ciencia, añadiendo le dixo el Beneficiado, como el dàrla à Don Miguel su hermano esta Heredad en la forma referida, era tambien por averse casado à su gusto.

143. Se

143. Se exfuerça esta probança, con la que tambien hizo, de que mediante esta extrajudicial Donacion, y permisso del gozè de este fruto, lo percibiò Don Miguel, y pagò sus Diezmos desde el año de 73. lo tuvieron, assi por cierto tres de los testigos, como mas se expressò à los numeros 52. y 53. de este papel.

144. Pero mucho mas con la certificacion, ò testimonio en virtud de provision de V. S. que se cita al num. 51. en que consta, que desde el año de 70. que comprò esta Heredad el Beneficiado, hasta el de 81. en que muriò, se le aforaron con intervencion del Vicario de la Villa, los vinos, y azeytes, assi de esta Heredad del Palmar, como de la de Fuertes, por de Eclesiastico, que era demàs, à no ser como eran suyas en todo este tiempo ambas Heredades.

145. Y el sexto medio de su defensa de las otras partes, es el argumento, que forman con el pleyto de particiones à bienes de dicho Don Miguel, de que no siendo bienes de Mayorazgo, si proprios, y libres del susodicho, el oficio de Veintiquatro, ò de Escrivano Mayor de Sacas, y el Juro de 240U. mrs. de renta, assi como consintiò se tuviessen por del Mayorazgo, sin poder en esto perjudiciar à sus Hijos, assi de la misma suerte, no les puede perjudicar el consentimiento que prestò de que la Heredad del Palmar se agregasse, y tuviesse por del Mayorazgo de Doña Vrsula de Salazar. Yà esto, que consiste en hecho, està bastantemente satisfecho en el referido pleyto de particion, y desvanecido el que el Oficio, y Juro, fuesse de Don Miguel, por lo que consta de dicho pleyto, y se cita à los numeros 75. 76. y 77. de este papel, y consiguientemente el argumento que se forma con dicho pleyto, que es el que està mandado à la vista de este, se tenga presente.

146. Estos son los fundamentos de las otras partes, en esta pretension, que deducen, de no aver sido de el Beneficiado Don Diego, esta Heredad del Palmar, y que por esto no la pudo Vincular.

147. Veamos aora los que le assisten â esta parte, para prueba del Dominio, que de ella tuvo el Beneficiado, & ideo la facultad de poderla Vincular, cuyos fundamentos, con toda expression se coordenaràn, y fundaràn; para que en vista de

vnos,

vnos, y otros se descubra la certeza, y mas se aclare la verdad.

148. Sea el primero, el que por el año de 70. en concurso de Acreedores, à bienes de Don Bartholomè de Torres, fue Don Diego, quien por si, y para si en remate publico, comprò esta Heredad del Palmar, en 72U. reales, que depositò, que para titulo de ella, se le mandò dàr, y diò testimonio del con curso de el referido remate, y possession, y amparo que tomò, cuyo testimonio como instrumento publico, prueba plenamente el dominio de la Heredad, sin que basten para elidirle, indicios, ni presumpciones, ni se deban estar à ellos, sino la mismo instrumento, ò Escripura del comprador, *sed quem tenor scripturæ de signet ad iubet cum itaque nec cætera probationum inditia reprobent,* que dixo el Emperador, *in leg. ad probationem Cod. de probat.*

149. El segundo modo de prueba del Dominio que de esta Heredad, tuvo el Beneficiado Don Diego, es el aver dispuesto de ella, como suya en el poder para testar que otorgò, agregandola con los demàs sus bienes à el Mayorazgo, y en fuerça de lo que le comunicò à Don Miguel su Hermano, executandolo, este asi en el testamento, que como Commissario otorgò, yno solo esto sino concediendole el vsufruto por el tiempo de su volútad à D. Miguel, como lo dàn à entender los testigos (causa de pagar el diezmo à su Collacion) terminante la ley 1. *cum seq. Cod. de reb. alien. & non aliem, & Cod. si res aliena pign. lata sit. leg. 7. tit. 13. part. 5.*

150. Sea el tercero, el dezir, como dixeron los testigos de esta parte citados al num. 52. de este papel, como lo son Don Francisco Cortèz, aver tenido siempre esta Heredad por del Beneficiado Don Diego, y que la tenia con la otra de Fuertes, para agregarlas à el Mayorazgo, y lo mismo Don Andrès Rodriguez Galan, y esto prueba el Dominio, que de ella tuvo, es la ley 41. *taur. leg. 1. tit. 7. lib. 5. Recop. &* ibi: *Matienzo gl. 8. & Azeved. n. 25. D. Larrea, allegat. 69. n. 5. & D. Castillo de tert. cap. 27.*

151. El quarto, confessar Don Miguel averle comunicado en vida el Beneficiado su Hermano, ser lo principal de su Hazienda la Heredad de Fuertes, y que vendiesse esta de el Palmar, y su procedido lo empleasse en hazer otro Almazen, y Moli-

Molino à la de Fuertes, para la agregacion à el Mayorazgo, y que muriendo, sin averla vendido, quedasse agregada à el Mayorazgo, cuya confession hizo, y repitiò en el testamento, que hizo como Commissario de su Hermano, cuya confession testamentaria adminiculada plene probat; doctrina comun que dàn por cierta, è indubitable con el texto capital de la ley *Lutius §. quisquis mihi hæres de legat.* 2. D. Vel. *discert.* 42. *num.* 1. *& seqq.* Gomez, *tom.* 1. *var. cap.* 12. *n.* 26. *&* 81. *vers. ex quo, & in leg* 83. *taur. n.* 15. D. Salgad: *in labyrint.* 3. *part. cap.* 13. *num.* 20. *vers. hinc patet.* Avend. *de exeq. mand. cap.* 29. *n.* 15. Escobar, *de purit.* 2. *part. quæst.* 6. *§.* 4. *&* Gutierr. *lib.* 3. *pract. quæst.* 96. *n.* 7. sin que sirva de reparo, el que se haze por las otras partes, de que Don Miguel su padre, no pudo perjudicarles con la confession testamentaria, que hizo de ser la Heredad de su Hermano, ni que esta prueba en su perjuyzio; y pues esta, es vna de las defensas que mas exfuerçan, haziendome cargo de ella satisfago.

152. En terminos de confession testamentaria de deuda que haze el Padre, si esta perjudique à el hijo, gravandole en la legitima es punto que controvierte el mismo señor Vela, discert. 42. citada, y lo decide, distinguiendo entre confession testamentaria por si sola, y desnuda, ò adminiculada; de la primera dize, no se prueba la deuda, à la ley, *qui testamentum* 27. *ff. de probat.* si se presume por defraudar la legitima del hijo; ab argumento lég. *Cum quis decedens §. Titia de legat.* 3. *& auth. quod obtinet. Cod. de probat.* y se convierte en legado, ad dictam legem. *Lutius §. quisquis mihi hæres de legat.* 2. Vbi consultus asserit, *si non deberentur, nullam quasi ex debito accionem esse, sed ex fidei commisso*: pero si consta del debito aliunde præsumptive; y se halla adminiculada la confession testamentaria del Padre; entonces, resuelve el señor Vela, *etiam adversus filium, plene probat debitum Patris,* su confession testamentaria.

153. Avend. de exequend. mand. *in loco supra citato cap.* 29. habla tambien en este mismo casso, y al *num.* 15. prorrumpe en estas palabras: *Licet dicta confessio Patris jurata, in præ iuditium tertij non probat; illud es verum, quo ad plenam probationem; secus est. quo ad semiplenam: quia adhibito vno integro teste concordante cum testatoris confessione erit vera probatio;*

154. Esco-

154. Escobar, *de puritat. dict. 2. part. quæst. 6. §. 4.* habla del mismo modo de confession testamentaria del Padre, resuelve la question assi: *Licet confessio Patris dicentis se habuisse pecunias à filio, regulariter non probet; si tamen concurrant alia adminicula fidem, facit*, prosigue adelante: *Quamvis regula juris sit, quod confesio tertio non noceat; tamen adminiculata, & verisimilis, adversus omnes probat.*

155. Y à demas de estàr, como està, la confession testamentaria de Don Miguel bastantemente adminiculada, y no como quiera, sino con probança plena, cada adminiculo, como se dirà, y fundarà despues; toda la vez, que como Commissario de su Hermano, y como posseedor del Mayorazgo de Doña Vrsula su Madre, heredero de este Mayorazgo del Beneficiado, por la agregacion, confessò Don Miguel en el testamento ser de su Hermano la Heredad, y la aprobò por de el susodicho; esto solo basta, para que por si sola su confession, y aprobacion testamentaria, sin mas adminiculo probasse contra si, tam quam hæredem, vt possessorem maioratus; pues aprobar, y ratificar el Heredero, la confession del testador, no es otra cosa, que ligarle, y quedar en el todo à su observancia y cumplimiento, obligados, ita Gomez. *tom. 1. var. cap. 12. n.* 81. Gutierr. *de juram. confirm. 2. part. cap. 1. num.* 10. *& cap. 6. n. fin.* Avend. *de exequend. mand. cap. 29. num.* 10. & Rodrig. *de execut. cap. 1. art. 2. ex num. 41.*

156. Y aun es mas, que la confession de la deuda, trae aparejada execuciõ, quando el heredero la reconoce en el testamento vt asserit Parlad. *lib. 2. rer. cotid. cap. fin. 1. part §. 4. n.* 18. *& §. 9.* Paz, *in prax. 4. part tom. 1 cap. 1. n.* 19. & 20. Bolaños, *in Curia 2. part. juyzio executivo §. 7. num.* 2. & Aviles, *in cap præt. cap. 10. gl. execucion, num.* 8. pues este reconocer la deuda en el testamento el heredero; y este confessar por del Beneficiado la Heredad del Palmar Don Miguel su hermano, no es otra cosa que aprobar, y ratificar su certeza, y que dàr à su observancia, y cumplimiento obligado.

157. Diganlo, y afiançelo mas los textos de la ley *si pupili §. item quæritur de negot. gest.* y de la *fin. Cod. de remit. pign. quorum est species*: Sempronio pagò à Tisio cierta cantidad, que debia à Cayo, suponiendole Titio que para cobrarla tenia

poder

poder de Cayo; no le tenia, y por esto procurò Sempronio repetir de èl lo que le pagò indebidamente, passo demanda sobre ello, contestola Tisio, y saliò à ella coadjubandolo Cayo legitimo acreedor, y no obstante, no aver este recebido la cantidad pagada, por el hecho de salir confessando averla cobrado Tisio, se declarò por legitimo el pago, y la razon de la ley fin. *quia l. tem Caius ratificavit.* Y la del §. item quæritur: *Quia ex ipsa ratificatione, tam quam, si ipse fecisset remanet obligatus*, y esto, no solo tiene lugar en la ratificacion expressa, sino tambien en la tasita, Garz. *de nobilit. gl. 8. §. 1. ex num. 5. cum leg. 23. tit 34. part. 5. & cum leg. 1. 2. & fin. Co l. si maior factus ratum habuerit*, Gomez, *tom. 2. var. cap. 14. num. 12.*

158. Y mas quando este confessar Don Miguel, por de Don Diego su Hermano, la referida Heredad, era assi solo à quien pudiera perjudicar, pues de no averlo hecho, se quedaba con la libertad, de poder como libre disponer de ella, como le pareciesse (à ser suya,) y no, que por la Vinculacion, fue solo, el vsufructo tantum, que como posseedor de el Mayorazgo, de la Heredad à èl agregada gozò.

159. La ley 11. *de toro*, y su concordante la 9. *tit.* 9. *lib. 5. Recop.* explicando qual sea el hijo natural, passan à determinarlo, pero con tal, que el Padre lo reconozca, cuyo reconocimiento, dize Azevedo, à de ser, ò expresso en testamento, ò virtual, y tacito en vida, tratandole el padre, como à tal hijo, llamandole assi, y alimentandolo.

160. Pero que pruebe este reconocimiento, y confession de el Padre en favor de el hijo, ò contra su filiacion, es question que toca Escobar. *de purit. 2. part. quæst. 6. §. 4. n 19. & 20.* y la decide con el texto expresso, y capital de la ley 1. *§. Iulianus de agnoscend. & edend. liber.* con esta distincion, ò el Padre confiessa, no ser su hijo el que pretende serlo, y lo niega, ò, lo confiessa por tal, si lo niega entonces, no prueba su confession en perjuyzio de el hijo, pero si lo confiessa su hijo, prueba à su favor plenamente de su Padre la confession, y dà la razon, que es la del mismo texto, si bien con mas exornacion: *Cum ex simili confessione provenire possit Patri emolumentum, & nocumentum filio, ex denegatione alimentorum; successionis, & aliorum onerum ad Patrem pertinentium, leg. si quis 1. cum omnibus suis §. ff.*

illo tit. de liber. agnoscend. leg. legatis 6. leg. fin. de aliment. legat. leg. verbum victus 43. de verb. signific. leg. penult. & fin. Cod. de alend. liber. & ideo Pater cogitur filios agnoscere, nisi evidentissimis obstendat rationibus, ex se procreatos non fuisset leg filium 6. de his qui sunt sui, & ratione huius commodi Patri creditur dum in favorem confitetur filiorum, secus vero, si contra, quia tunc, potius præsumitur, à prædictis se voluisse exonerare oneribus, quam veritatem dicere.

161. Con que, si Don Miguel en la confession que hizo, no se exonerò, imo potius, se gravò privandose de la libertad que pudiera tener de la Heredad, no confessandola por de su Hermano, y se reduxo à el goze tantum de su vsufructo, y que lo tuviessen en adelante tambien sus hijos, nietos, y los demàs que succediessen en el Mayorazgo, con el derecho de poder pedir à el posseedor alimentos los demàs Hermanos; parece que esta confession sola de Don Miguel probaba plenamente contra sus hijos, aun quando no estuviera (como està) bastantemente adminiculada.

162. Fuera de que dado (pero no concedido) no huviesse sido esta Heredad del Beneficiado Don Diego, y si de el mismo Don Miguel, no pudiendose negar, que si siendo suya pudiera libremente disponer de ella, enagenandola; pudo del mismo modo agregarla à el Mayorazgo: *Vti quisque legasset super re sua, ita ius, esto.*

163. Verdad es, se revoca la donacion inter vivos que vno haze à otro, por la natividad de los hijos que despues le sobrevienen, leg *si vnquam Cod. de revocand. donat.* y su concordante la 8. *tit.* 4. *part.* 5. Y es la razon, porque es visto no quiso el Padre preferir el estraño à sus hijos posteridad, y decendencia si de ellos juzgara; leg. *Cum avus de cond. & demonstr. leg. cum acutissimi Cod de fideicom. & leg. generaliter §. cum autem Cod. de instit. & substit.*

164. Pero estas leyes hablan de Donacion que el Padre hizo, no teniendo hijos; la ley de partida, *porque non han fijos, ni han esperança de los tener*; y la ley si vnquam: *Filios non habens* y hablan assimismo de donacion immensa: omnium bonorum, vel maioris partis eorum; *todo lo suyo, è gran partida de ello*, la ley de partida: *bona omnia vel partem aliquam*, dicta leg. si vnquam, y la enagenacion, que siendo suya de Don Miguel la Heredad,

pudo

pudo hazer agregando à el Mayorazgo; no fue de todos sus bienes, ni mayor parte de ellos, y teniendo por entonces hijos vivos que son los que aora litigan.

165. Gomez, *tom. 2. var cap. 4. n. 11.* exponiendo estos textos de la ley si vnquam, y de partida concordante, y ponderando su acertada decision, por quanto esta donacion, que el Padre haze à el estraño, se entiende condicion, si liberi non nascantur; pues si de ellos juzgara, talem donationem, non fecisset, pues ninguno parece quiso preferir el estraño, suæ posteritati, & succesioni; passa à discurrir la diferencia que ay entre la donacion hecha à estraño, y la hecha â hijo, naciendo otros despues, la primera la revoca en el todo, la natividad de los hijos; y la segunda solo vsque ad legitimam, pero añade, *Quod hodie in nostro regno, remanebit penes filium donatarium, legitima, tertium, & quintum bonorum*; y que solo se revocara la legitima, y aplicar à el hijo despues nacido, à la ley *si testator Cod. de in oficios. donat.* Y esto mismo dize, en la donacion hecha à el Padre, ô ascendiente, que el quinto permanecerà, pœnes Patrem; y esta enagenacion, que aun siendo la Heredad de Don Miguel pudiera hazer, no seria estraño, sino à el Mayorazgo de Doña Vrsula su Madre, y para èl, como actual, y primero succesor, y para sus hijos, y descendientes, que en dicho Mayorazgo succediessen; & ideo, mal pudieran sus hijos revocar, al menos en el todo esta adjudicacion.

166. Prosigue Gomez en esta exposicion de la ley si vnquam, y de partida yà citada, y passa à la donacion immensa que el Padre haze, teniendo hijos, si se les grava en su legitima, y resuelve con la ley 1. *& per totum Cod. de in oficios. donat. auth. Vnde si parens, Cod. de in officios. testam.* y con la ley 8. *tit.* 4. *part.* 5. citada, que si es hecha, alteri filio, vel descendenti, se revoca vsque ad legitimam, y si à estraño, en el todo; pero el señor Gregorio Lopez, glossando la referida ley 8. de partida, aunque de la misma opinion de Gomez, fundado en la ley de partida, que dispone, que si vno teniendo hijos, hiziere donacion otro, finque en salvo â los fixos la su parte legitima, tambien en vida de su Padre, como despues de la su muerte, dize tambien, que si el Padre tuviesse hijos àl tiempo de la donacion: *Non videtur quod haberet locum dispositio huius legis, & si donator*

donator tempore donationis cogitavit de filijs, non revocabitur donatio per dictam legem, si vnquam, luego si Don Miguel al tiempo de la agregacion se hallaba, con los hijos que aora tiene; *& de filij cogitavit*, aunq̃ fuesse del susodicho la Heredad, no podian, ni pudieran sus hijos revocar la adjudicacion, y agregacion.

167. Exfuerça mas este discurso con el siguiente; no se duda de que el Padre no puede gravar la legitima de el hijo, sino es, expressamente consintiendo, y jurando el hijo el gravamen ad leg. quoniam in prioribus Cod. de in offic. testam. pero tambien es cierto que la quota de la legitima, no la tiene el hijo viviendo el Padre, quia viventis, nulla est hæreditas, leg. *qui superstitis ff. de acquir. hæred.* & ideo, pudiera yo dezir, que la donacion en vida hecha por el Padre, aunque fuesse à estraño no la revocan los hijos por entonces nacidos, y superstites, discurrelo assi mi cortedad.

168. Iure civili antiquo, como lo es la ley *in suis* 11. *ff. de liber. & postum*, viviendo el Padre, era en sus bienes vn quasi dominus el hijo, y aun por esto, por muerte de el Padre, no se daba addicion de herencia en el hijo, sino vna dominij continuatio per dictam legem in suis, si bien por el derecho mas nuevo pretorio de la abstenció, cessò esta precissa continuacion de dominio, leg. *necessarijs de acquir. hæred. §. sui, vers. sed his permitit prætor instit. de hered. qualit. diferent.* no privandole el derecho de suidad, si solo los efectos de ella por la abstencion.

169. Dispone tambien la ley 25. de toro, que el tercio, y quinto de mejoria, no se saque de las dotes, ni donaciones propter nuptias, ni de las otras donaciones, que los hijos descendientes traxeren à colacion, y particion, qual sea la razon de la decision de esta ley, ya exponiendola, la dize Gomez: *quia post quam Pater, vel Mater dotavit, vel donavit, iam exit de patrimonio, & acquisitum fuit filio, vel filiæ recipienti, vnde, si postea alteri meliorationem fecit, videtur, de residuis bonis tantum meliorare, quia melioratio respicit tantum bona, quæ Pater, vel Mater habet, & posidet tempore mortis*, de que infiere la consequencia; *Ergo, non possit detrahi de prædicta, dote, & donatione incollationem adducta, cum tempore mortis non fuerunt Patris, vel* Matris *de cuius successione tractatur, sed, filij, vel filiæ conferentis*, y de que yo tambien deduzgo esta consequencia, luego la enagenacion que Don Miguel pudo

hazer

hazer de la Heredad (en la hypotesi que fuesse suya) teniendo hijos, no podrian estos revocarla con el pretexto de que se les perjudicaba en la legitima, pues no la avia viviendo Don Miguel su Padre, y solo se tiene para ella , y haze consideracion de los bienes que dexò al tiempo de su muerte : *Exivit de patrimonio, & acquisitum fuit recipienti, de residuis bonis, quæ Pater habet, & possidet tempore mortis.*

170. El mismo Gomez *in leg.* 22. *taur.* hablando de las renuncias de legitima que haze el hijo, y pacto de no succeder en los bienes de su Padre, discurriendo sobre este pacto , que parecia, no poderlo hazer el hijo, por quanto en vida del Padre filius tamquam Dominus reputatur, dize al num. 2. *Ista ratio non videtur concludere* ; pero mas claro , y del intento , el señor Gregorio Lopez, in leg. 8. *tit.* 4. *part.* 5. *iam citata* , habla de donaciones minutas, que el Padre hizo en vida à estraño , teniendo hijos , que asi por esta ley como por la 28. *de toro,* las puede hazer en el quinto de sus bienes , y aun en vida , y passa à mover la question vtrum tempore mortis se tenga consideracion à ellos para la regulacion de el quinto, refiere la opinion de Rodrigo Suarez in leg. quoniam in prioribus, que de no considerarse, ni atenderse las donaciones , se disminuyera el quinto ; pero resulta, y reprueba esta opinion el señor Gregorio Lopez no con menos fundamentos ; que el dezir : *Quia esset hoc quodam modo ligare manus Patris, vt induceretur interdictio administrationis, & distributionis bonorum, quod , secundum eum, non esset procul ab iniquitate, & nihil alegat ad hoc* (habla de Rodrigo Suarez) *nisi consuetudinem, & absurditatem, quæ alias resultaret, & certe, quando esset modicus, exessus, & filij parum gravarentur in legitima ex donationibus minutatim in vita factis* , luego puede el Padre donar en vida, sin que esta donacion los hijos la puedan revocar, ò al menos en lo inoficioso, y esto post mortem patris, no obstante, que, eo vivo, quasi Domini reputantur.

171. El señor Don Juan de el Castillo, *lib.* 3. *contr. cap.* 22. explicando la ley nihil Cod. de vsucapion, pro hæred. toca latamente la question, vtrum sui hæredes pro hærede vsucapere posint, dandole motivo para ella, la misma ley *in suis deleber. & postum*, que he citado, y su concordante la 21. *tit.* 3. *part.* 6. de que siendo el hijo suyo heredero de el Padre, y teniendo en sus bienes, aun viviendo, vn quasi dominio, que en èl se conti-

nua post mortem æiusdem Patris, absque hæreditatis additione, parecia, no podian pro hærede vsucapere, siendo como son, quasi Domini, viviendo el Padre.

172. Llega al *num.* 9 en donde dize, que el hijo viviendo el Padre, es su heredero; *quia hæres futurus est*, pero que por quanto puede acontecer el que infuturum, hæres non existat, y por esto dexe de ser heredero, porq̃ puede morir antes que el Padre, ò este, con justa razon en heredarlo; que no se puede negar, *re vera, ante mortem parentum eos hæredes non esse, quibus vivente Patre succedendi ius non conceditur*, continua al num. 10. diziendo que vniò el Padre los hijos sean suyos herederos, se entiende de suidad, sin execucion, porque en vida, no tiene efecto, *Cum Pater remaneat Dominus verus, & administrator*, al *num.* 17. refiriendo à Baldo, in lege potuit Cod. de jur. deliber. *Veram hære litatem mortuo Patre filio deferri, & ante mortem æius, verum, & proprium Dominum penes Patrem fuisse.* Y el num. 18. refiriendo lo mismo, de que el hijo, muerto el Padre consigue el pleno dominio de los bienes, sin que lo tenga viviendo el Padre, *quia res Paternas vivo Patre filius, alienare non potest, nec etiam aliquod jus habet in legitima.*

173. Luego si pudo Don Miguel de Velasco enagenara la Heredad para el Mayorazgo, viviendo sus hijos, sin que à estos les gravasse en sus legitimas (aun quando fuesse suya la Heredad) con quanta mas razon, serà esta del Mayorazgo, que como del Beneficiado su hermano, junta con la otra de Fuertes, le comunicò, la agregasse à el Mayorazgo, que dexò por su heredero, y lo executò asi Don Miguel en el testamento; que como su Commissario otorgò en fuerça de aversela comunicado asi su Hermano.

174. Satisfecho, con estas fundadas razones el reparo, y elegacion que se haze por las otras partes, de que su Padre, no pudo perjudicarles con la confesion testamentaria que hizo, de que era la Heredad de su hermano, adjudicandola, como tal, à el Mayorazgo: à demàs, de que en los terminos de este pleyto, la confesion testamentaria por si sola plene, & contra filios probat, vt supra, mucho mas, y sin alguna duda adminiculado, aunque sea de Padre contra hijo, vt patet ex num. 152. y asi veamos aora, què adminiculos, què indicios, y què presump-

ſumpciones concurran con eſta confeſsion de Don Miguel, para que como plena probança, ſe tenga eſta Heredad del Palmar, por del Mayorazgo, como ſe tiene la otra de Fuertes; y conſiguientemente quede deſvanecida la demanda, que ſobre eſto, han pueſto las otras partes.

175. Sea el adminiculo primero, el que el Beneficiado Don Diego, fue, quien por ſi, y para ſi, comprò eſta Heredad en remate publico de el concurſo de acreedores à bienes de Don Bartholomè de Torres Paz por el año de 1670. depoſitando 72ȷȷ. reales vellon en que la comprò, de que eſtà preſentado en eſtos Autos teſtimonio, que con authoridad judicial, y con citacion de las otras partes, ſe ſacô de entre los papeles que quedaron por muerte del dicho Don Miguel, cuyo teſtimonio, como inſtrumento publico, & probatio probata, D. Laurenz. Matheu. *de re crim. contr.* 28. *num.* 42. *& ſeqq. &* Pareja *de vniverſ. inſtrum æd.it tit.* 1. *reſolut.* 3. *§.* 2. *n.*92. plene Dominum probat. *leg.* 41. *taur. & leg. ad probationem Cod de probat.*

176. El ſegundo, el enagenar, y diſponer de la Heredad, agregandola à el Mayorazgo el Beneficiado, comunicandoſelo aſsi à Don Miguel ſu Hermano, como conſta del teſtamento que en virtud del poder para teſtar, otorgò el miſmo Don Miguel, que tambien el teſtamento, es inſtrumento publico, Cyriaco *contr.* 426. y eſte inſtrumento de enagenacion, aunque lo que prueba plenamente ſea la enagenacion, ſin embargo adminiculado, con otros inſtrumentos, ò indicios, y preſumpciones, prueba plenamente tambien el dominio qual en la coſa tuvo el que la enagenò, y lo que mas es, que ſolo el inſtrumento de enagenacion, por ſi ſolo, es evidente preſumpcion del dominio; queſtion que con eſtas, y otras limitaciones mueve, y reſuelve, el miſmo Pareja, *de vniv. inſtr. ædit. dict. tit.* 1. *reſolut.* 3. *§.* 2. *ex num.* 79. *cum ſeqq.* y aqui, no ſolo ay el teſtamento, inſtrumento para enagenacion, ſino tambien el poder para teſtar que diò Don Diego, teſtimonio de la compreda de la Heredad; Inventario que de ella, y por del Beneficiado hizo Don Miguel; Las quentas de Albezeaſgo que diò, adjudicando à el Mayorazgo la Heredad; y los Autos judiciales de la aprobacion de la adjudicacion, todos publicos, y authen-

thenticos instrumentos; y lo que mas es, el testimonio de el Escrivano de Millones de Alcalà de Guadayra, en que consta averse aforado por de el Beneficiado, y de Eclesiastico esta Heredad desde el año de 70. en que la comprò, hasta el de 81. en que muriò; y aver concedido el goze de el fruto de ella, por el tiempo de su voluntad al dicho Don Miguel, como se probò en el modo que puede, y se refiere à los num. 50. y 51. de este papel.

177. Con que concurre, aver sido vn Sacerdote, de aprobada opinion, y fama. que de no ser suya la Heredad, no la huviera posseìdo desde el año de 70. hasta que muriò, no la huviera en todo este tiempo aforado como suya, ni agregadola à el Mayorazgo Don Miguel en virtud de lo que este dexò, y declarò averselo comunicado Don Diego su hermano, y con las especiales circunstancias, que lo declarò, y constan del testamento que otorgò, y si quien comunicò esta agregacion, fue vn Sacerdote de aprobada opinion, y fama, esto sirve de semiplena probança, y presumpcion de su certeza: ita Gomez, *tom. 1. var. cap. 12. num. 81. vers. ex quo notabiliter sub infertur*, y como tambien dixo, *in leg. 83. taur. num. 15.* no es de creer, *quod in tali articulo, quis contra se, & propriam consientiam testimonium falsim dicat, nec debet præsumi immemor salutis æternæ.*

177. Adminiculo tercero es, el Inventario que de esta Heredad, como bienes del Beneficiado hizo Don Miguel, su Comissario, y Albazea, presumpcion del dominio que de ella tuvo Don Diego, no aprobandose clara, y plenamente lo contrario, (como assi no se ha probado) es lugar de Pareja, *de vniv. instrum. æddit. tit. 7. resolut. 10. ex num. 8. cum seqq.* que como instrumento publico, que afirma ser el Inventario, dize ser presumptio juris, del dominio, ibi: *Ex inventario resultat præsumptio juris*, y lo mismo Menoch. *lib. 6. præsumpt. 26. per totam, & præcipue num. 3. &* Cevallos *Comm. contra comm. quæst. 589.*

179. Y con la circunstancia de aver hecho el Inventario, el mismo Don Miguel, de quien se dize por las otras partes fue la Heredad; y lo que mas es, que este mismo Don Miguel fue, quien en las quentas de su Alvazeasgo la diò adjudicada à el Mayorazgo, y por adjudicada el Theniente, que

aunque

aunque tambien mandò otorgasse Escriptura de adjudicacion, sin ella, quedaba ya adjudicada, por el testamento; por las quentas de Albazeasgo, y por el Auto de su aprobacion, y lo que mas es, por la vltima voluntad de el testador, que como suprema in omnibus observari debet, leg. *in conditionibus ff. de cond. & demonstrat*; y asi mal puede en este caso tener lugar la regla general, de que no purificada la condicion de la disposicion, por no averse otorgado la Escriptura de la adjudicacion, caducò la disposicion; pues la del Beneficiado fue pura, no condicional, y probada con el testamento, con el Inventario, con los Autos, y quentas de Albazeasgo, y con aver posseido como Vinculada esta Heredad de el Palmar Don Miguel; y asi era demàs la Escriptura de adjudicacion, pues sin ella subsistiò la vinculacion quod amplius probatur.

180. En todo contracto de buena fee, qui ex partium concensu perficitur, no es de su essencia la Escriptura, ni precisso requisito para la perfeccion del contracto, leg. *pactum quod bona fide Cod. de pact. leg. exercendis Cod. de fil. istrum.* sino es que se pacte, porque entonces, es visto, no de otro modo las partes se quisieron obligar, leg. *Contractus Cod. de fil. instrum.* y esto porque el pacto tambien puso ley en el contracto, leg. *contractus de regul. juræ*, (y aun tiene sus limitaciones.)

181. En el censo emphiteutico, huvo la duda, y controversia, si para su validacion, essencia, y sustancia, seria necessaria la Escriptura en su creacion; question que tocò Avend. *de cenc. cap.* 84. y aunque tiene por indispensable, y precissa la Escriptura, fundandose, no menos, que en textos expressos, y capitales, como lo son, la ley 1. *Cod. de jur. emph.* la extravagante 1. *de Martino* 5. y la 2. *de Calisto* 3. *de empt. & vend.* resuelve sin embargo *al num.* 6. la question diziendo, que Escriptura, no requiere este emphiteutico censo, *quo ad ævis substantiam, & essentiam, sed tantum ad probationem*: y si, quo aprobationem tantum, en terminos de fundacion de Mayorazgo, se requiere la Escriptura, (y no tan precissa, pues puede probarse el Mayorazgo por otros medios como con la ley 41. de toro queda fundado) Escriptura, y aun Escripturas, è Instrumentos publicos, huvo en la Vinculacion de el Beneficiado, como fueron, testamento inventario; Autos de su cumplimiento, y otros que vàn cita-

 dos;

dos, y assi era demàs la Escriptura que ad maiorem probationem mandò el Theniente, otorgasse Don Miguel de la adjudicacion.

182. Si quando fuessen solo presumpciones las que assistieran al Beneficiado D. Diego, para prueba del dominio q̃ tuvo de la Heredad del Palmar, estas bastaban para que se juzgasse por ellas, no probandose plenamente lo contrario por las otras partes, que pretenden, como libre la Heredad; como con la ley *fin. de eo, quòd net. caus. leg. 2. leg. ab ea parte ff de probat. leg. licet Imperator ff. de leg. 1.* lo dà por sentado D. Vel. *discert. 42. num. 51.* con quanta mas razon, siendo como son vnas meras leves presumpciones, en las que se fundan las otras partes; y cada vna de las que assisten à esta probança plena, como fundadas en instrumentos publicos, y tan muchas, como son las que constan de los Autos, y en este papel con toda expecificacion vàn expressadas.

183. Yà Señor, cessò la pluma en fundar la defensa, y justicia de esta parte con el limitado, y mas que corto discurso de su Abogado; pero no cessan los vivos desseos de vna favorable determinacion, (pension propria de vn cuydadoso litigante) esperala esta parte, dignandose V. S. de confirmar la sentencia del Ordinario, que tiene por justa, y legal, salva T. S. D. C. sin protextarme in omnibus subijs. Sevilla, y Mayo 5. de 1716. años.

Lic. Don Pedro Garçia Bello.